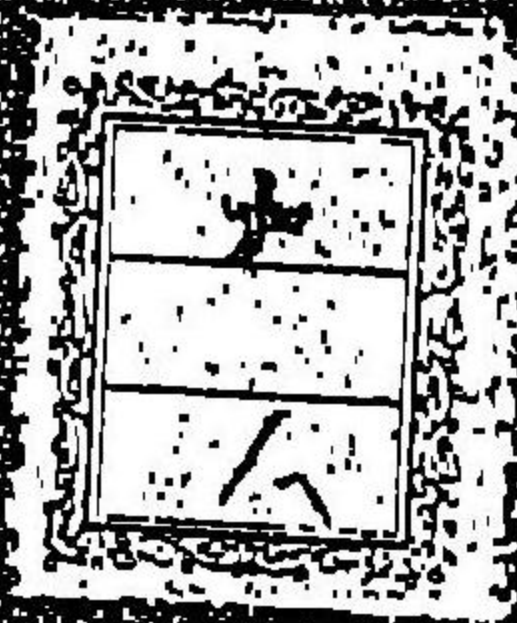


東京法學院三十二年度
第三年級講義錄

證據法

肥田平次郎



036782-000-8

ナ-1へ

証拠法

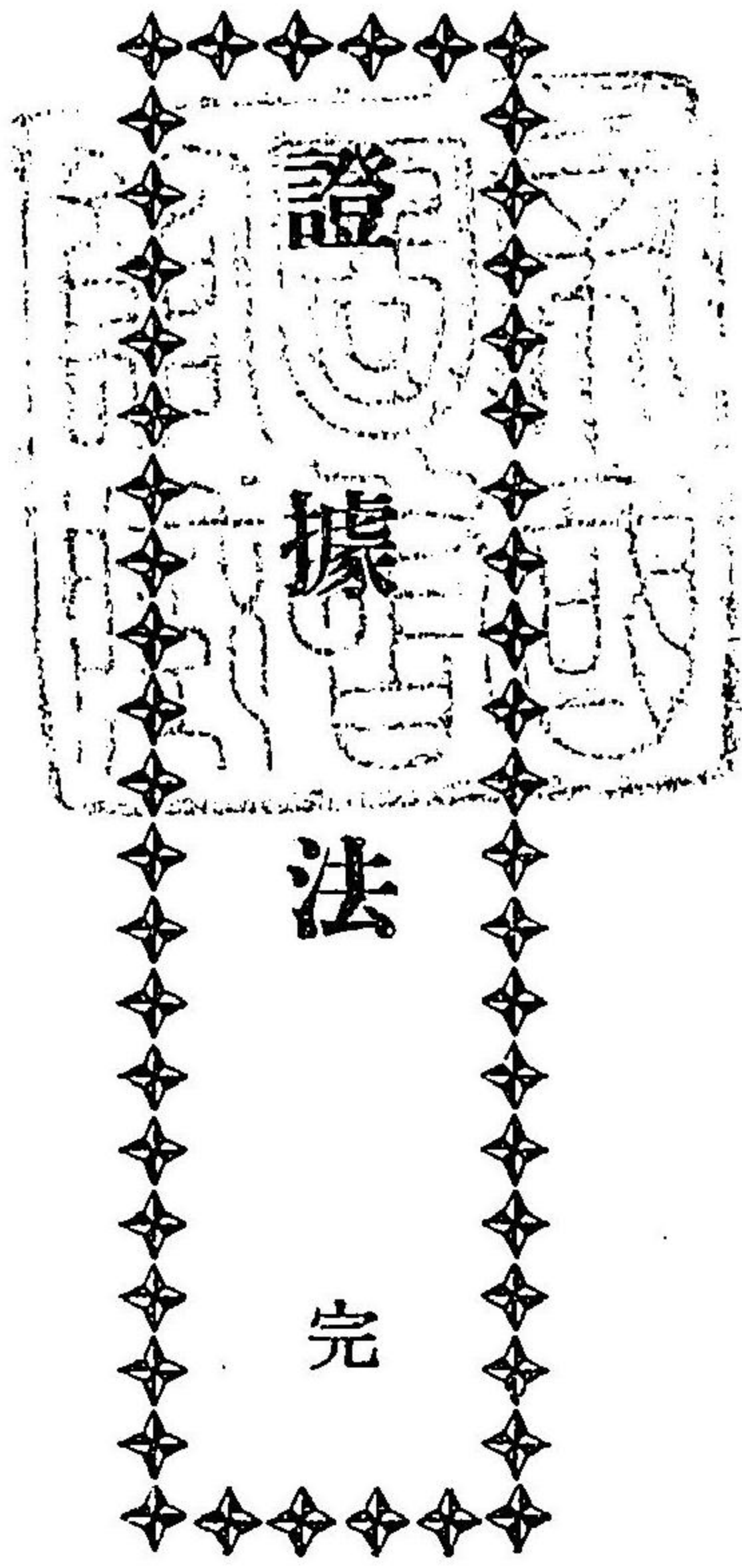
肥田 平次郎/述

[M32?]

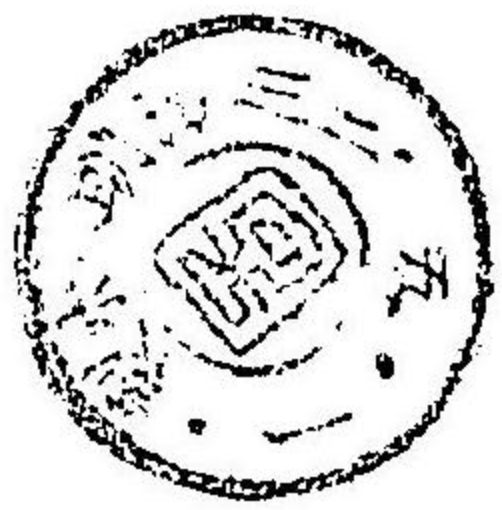
BBS-0216



法學士 肥田平次郎 講述



東京法學院



自廿一年十月至廿三年三月

證據法

目次

緒言

第一 證據法研究ノ必要

一丁

第二 眞實發見ノ方法並ニ證明及證據ノ概念

八丁

第一章 證據法

一七丁

第一節 證據法ノ必要

同丁

第二節 證據法ノ定義

二七丁

第二章 證明ノ主格

三六丁

第一節 證明ノ意義

同丁

第二節 證明ノ責任

四一丁

第一款 證明ノ責任ノ意義

同丁

第二款 證明責任ノ主格及舉證責任ノ主格

四四丁

第三款	推定	七五丁
第四款	證明責任及舉證責任ノ效果	八三丁
第三章 證明ノ目的物		
第一節	總論	八六丁
第二節	證明ヲ要セサル事實	八七丁
第一款	顯著ナル事實	八九丁
第二款	裁判上ノ自白アリタル事實	九一丁
第四章 證明ノ材料		
第一節	總論	一一〇丁
第一款	證據ノ定義	同 丁
第二款	證據ノ種別	同 丁
第二節	書證	一二二丁
第一款	總論	一三三丁
第二款	私ノ證書	一三四丁
		一三九丁

第一項	私署證書	同 丁
第二項	署名捺印セサル證書	一四四丁
第三款	公ノ證書	一四九丁
第三節	人證	一五七丁

證據法

法學士 肥田平次郎 講述

緒言
證據法研究ノ必要

證據法研究ノ必要

證據法研究ハ何レノ
 モテリ蓋シ羅馬ニ於
 ノ特ニ證據ノ事ニ關シ
 法中證據ニ關スル規定
 法ヲ研究スルニ至リタリ
 佛國ニ於テモ亦ドー
 法研究ノ嚆矢トス又最
 法ノ研究アリタルニ
 依レハ證據法ノ研究
 起リタルハ蓋シ今ヨリ
 二百年以前ニ遡ラス
 ト云フ

邦國ニ於テモ古代ニハ
 ハ法典中多少證據ノ規
 則散在セルモノアリト
 雖モ學者
 論究セル者アルヲ聞カ
 ス獨逸ニ於テハ輒近ニ
 至リ訴訟
 法ノ一部分トシテ證據
 法ノ著書ヲ以テ證據
 法ニ於テモ亦ドー
 英國ニ於テスラ決シテ
 古代ヨリ證據
 法ノ發達セル英國ニ
 於テスラ決シテ古代ヨ
 リ證據
 法ノ發達セル英國ニ
 於テスラ決シテ古代ヨ
 リ證據

斯ノ如ク證據法ノ研究カ近世ニ至リテ漸ク發達セル所以ノモノ蓋シ證據法其者
カ近世ニ至リテ始メテ發達セルニ由ルト雖モ而モ尙稍證據法ノ發達セルニ迫
テモ極メテ近時ニ至ルマテハ學者多クハ之カ研究ニ力ヲ盡スコトナカリシハ他
ナラス證據法ハ助法ノ一部分ナルヲ以テ主法ニ比シ之ヲ研究スルノ必要尠シト
思惟セラレタルニ由ラスノハアラサルナリ夫レ主法トハ直接ニ權利義務ノ關係
ヲ規定スル法律ヲ總稱シ助法トハ主法ヲ格段ナル場合ニ應用スルニ付テノ手續
方法ヲ規定スル法律ヲ總稱ス彼ト此トハ主助ノ區別アリト雖モ是レ其法律ノ性
質互ニ相異ナルカ爲メニ此區別アルニ過キスシテ敢テ重要ナルカ故ニ主法トシ
重要ナラサルカ故ニ助法トスルノ謂ニアラサルナリ然ルニ世人往々重キ主法
ニミ置キ助法ハ重要ナルモノニアラストシ從テ證據法ノ如キハ敢テ之ヲ攷究
スルノ必要ナシト論スル者ナキニアラス是レ未ダ證據法ノ何物タルヲ知ラサル
ヨリ斯ル謬妄ノ言ヲ爲スモノナラン蓋シ直接ニ權利義務ヲ規定シタル主法ノ必
要缺クヘカラサルハ固ヨリ辯スルヲ須タスト雖モ此法アルモ之ヲ實地ニ應用ス
ルノ手續法ナクシハ其效用ヲ完成スルコト能ハサルヤ必然ナリ即チ如何ニ完全

二

ニ權利ヲ保護スルノ法文アルモ之ヲ實行スルノ方法ナクシハ其法文ハ全ク空文
タルニ了ランノミ果シテ然ラハ助法モ亦重要缺クヘカラサルモノタルヤ明カナ
リ從テ其攷究ノ必要ナル敢テ言ヲ俟タスト信ス助法ノ一般ニ重要ニシテ研究ヲ
要スルコト夫レ斯ノ如シ而シテ特ニ證據法ニ至リテハ益其然ル所以ヲ見ルナリ
請フ聊カ其理由ヲ述ヘン

抑モ法律トハ人爲的原因結果ノ關係ヲ規定スルモノナリ換言スレバ法律トハ一
定ノ事實ニ伴ヒテ一定ノ人爲的結果ヲ生ズヘキコトヲ命スルモノナリ是故ニ法
律規定ノ一半ハ前提事實ニシテ一半ハ命令ナリ例ヘハ人ヲ殺ス者ハ死刑ニ處ス
トノ法律規定ハ「人ヲ殺ス」ト云フ前提事實ニ伴ヒテ「死刑ニ處ス」テフ一定ノ結果ヲ
生ゼシムルコトヲ命令スルモノニシテ又金ヲ借リタル者ハ返スヘシトノ法律ノ
規定ハ「金ヲ借ル」トノ前提事實ト「金ヲ返スヘシ」ト云フ命令トノ關係ヲ規定スルモ
ノナリ反言スレハ法律トハ豫定事實ニ伴フ豫定命令ナリ既ニ豫定ノ命令ナルカ
故ニ其命令カ現實ニ實行セラル、爲メニハ豫定事實ノ現在ニ發生セシコトヲ要
ス然レトモ豫定命令カ實行セラル、爲メニハ豫定事實ノ發生ノミヲ以テ足レリ

トセズ必スヤ判決ナル現實命令ヲ發スル者即チ裁判官ナル現實命令者カ其豫定事實ノ現在發生ヲ知覺スルコトヲ要ス即チ法律カ實行セラル、爲メニハ豫定事實ノ客觀的發生ノミヲ以テ充分ナリトセシテ裁判官ノ腦裡ニ於ケル主觀的發生ヲ必要トス此豫定事實ノ發生ヲ主觀的ニ確定スルノ方法ヲ名ケテ證據法ト謂フ主觀的ニ事實ヲ確定スルハ誤ナキヲ保スヘカラス知覺推測ハ必スシモ客觀的事實ト一致スヘキモノニアラス故ニ主觀的事實ノ確定ヲシテ誤ナカラシメント欲セハ須ラク其事實確定ノ最良法ニ據ラサルヘカラス是レ實ニ證據法ヲ攷究スルノ必要ナル所以ナリ證據其宜ヲ得シテ主觀的事實ト客觀的事實トノ不一致ヲ來サンカ法律ノ規定スル豫定原因ト豫定結果トノ關係ハ全ク破壊セラル、ニ至ルヘク從テ法律ハ實際上何等ノ意味ヲモ爲サ、ルモノタルニ了ルヘシ人ヲ殺ス者ハ死刑ニ處ストノ豫定命令ニ人ヲ殺スト云フ客觀的事實ノ存在スル場合ニ於テハ死刑ニ處ストノ命令ヲ實行スルコトヲ意味スルモノナリ然レニ若シ證據法ニシテ其宜ヲ得ス人ヲ殺サストノ客觀的事實ノリタル場合ニ於テ却テ人ヲ殺セリトノ主觀的事實ノ確定ヲ來シ以テ死刑ニ處ストノ命令ヲ實行セバ法律ノ豫

定シタル原因結果ノ關係ハ全ク破壊セラレ實際上法律ノ豫定ハ全然反對ノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ果シテ然ラハ主觀的事實確定ノ方法即チ證據法ノ重要ニシテ又其研究ノ忽ニスヘカラスヤ敢テ多言ヲ俟タサルヘシト信ス

豫定命令即チ主法ニシテ不完全ナルモ主觀的事實確定ノ方法即チ證據法ニシテ完全ナラシカ其主法ハ不完全ナカラ立法者ノ精神ノ如ク實行セラル、コトヲ得ヘシ即チ豫定セラレタル原因結果ノ關係ハ實行上ニ於テモ亦相離レサルコトヲ得シ之ニ反シ主法ノ規定ニシテ如何ニ完全ナルモ證據法ニシテ不完全ナラシカ豫定命令ノ條件ト現實命令ノ條件トハ全ク相符合セサルコトナシトセス例ヘハ人ヲ殺ス者ハ死刑ニ處ス金ヲ借リタル者ハ返スヘシトノ完全ナル主法ノ規定アルモ之ヲ裁判スルニ當リ探湯證據又ハ決圖證據ノ法ニ依ランカ人ヲ殺サ、ル者罪セラレ又金ヲ借ラサル者辨濟ノ義務ヲ負ヒ爲メニ人民ハ不測ノ刑ヲ被ムリ意外ノ義務ヲ負フニ至ルヘク法律ハ豫定命令タルノ實ナク豫定ノ原因結果ノ關係ハ實行上全ク破壊セラル、ニ至ルヘシ斯ノ如ク主法不完全ナルモ證據法完全ナルハ其害大ナラス主法完全ナルモ證據法ニシテ不完全ナルトキハ法律ノ規定ハ

實際上反對ノ結果ヲ生スルニ至ル果シテ然ラハ證據法ハ主法ニ比シ寧ロ一層重要ナリト云フモ敢テ過言ニアラサルヘシト思惟ス彼ノ獨リ重キチ主法ニノミ置キ證據法ハ之ヲ研究スルノ價值ナシトスル者ノ如キ其誤謬モ亦甚シカラズヤ
證據法ヲ研究スルノ一般ニ必要ナルコト以上述フル所ノ如シ而シテ現今我國ノ狀態ニ於テハ益證據法研究ノ必要ヲ見ルモノト信ス蓋シ從來我國ニ於テハ證據ノ緊要ナル規則ハ之ヲ民法證據編中ニ規定シ證據ノ手續ニ關スル規則ハ之ヲ民事訴訟法中ニ規定シタリ然ルニ今ヤ民法證據編ハ廢止セラレタルヲ以テ現今證據ニ關シ一括シテ其原則法ヲ規定シタルモノ一モ存在セス唯タ二三ノ特別ナル證據規則ノ法令中各所ニ散在スルモノアルヲ見ルニ法制完美ノ今日早晚證據原則法ノ制定アルヘキハ明カナル事實ナリト雖モ果シテ如何ナル體裁ヲ以テ發現ス可キ乎余輩ノ得テ知ル所ニ非ス想フニ特別法トシテ制定セラルハカ將タ又修正中ノ民事訴訟法ニ於テ規定セラルハカ恐ラシハ二者其一ニ出ツルナラン蓋シ其制定ノ形式如何ヲ問ハス舊民法證據編ノ如ク一々精細ニ證據ノ效力ヲ規定スルハ一般學者ノ非難スル所タルヲ以テ他日制定セラルヘキ證據法ハ唯タ二三

證據ノ大原則ヲ定ムルニ過キサレヘク餘ハ一ニ裁判官ノ自由心證ニ任スルモノナルヘシ將來ノ有樣果シテ斯ノ如シトセハ裁判官ハ殆ント全ク其自由裁量ヲ以テ事實ヲ決定スルコトヲ得ヘク毫モ成文ノ條規ニ羈束セラルコトナキヲ以テ一見證據法ノ研究ハ更ニ其必要ナキニ似タリ然レトモ是レ實ニ速斷誤見タルヲ免レス少シク考慮ヲ費サハ其然ラサルモノアルヲ知ラシ今夫レ證據法ノ規定カ精細緻密ニシテ一々證據ノ許否及ヒ效力ヲ規定スル場合ニ於テハ裁判官ノ腦中證據法理ノ存在スルモノナシトスルモノ一々機械的ニ其法規ニ遵據スレハ事實問題ヲ決スルニ於テ大過ナキニ庶幾シ然レトモ之ニ反シテ若シ證據ニ付キ殆ント何等ノ成文法規ノ存スルモノナク事實ノ問題ヲ決スルハ一ニ判事ノ自由裁量ニ在リトスル場合ニ於テハ裁判官タル者ノ腦裡ニ於テ豫メ能ク證據法理ノ蘊奧ヲ究メ置クニアラサルヨリハ決シテ事實真相ノ發見ニ誤ナキヲ得サルヘシ是ニ由テ之ヲ觀レハ證據法ノ研究ハ精細ナル證據法規ノ存在セサル場合ニ於テ益其必要アリト云ハサル可カラス余故ニ曰ク現今我國ノ狀態ニ於テ證據法ノ研究ハ愈々其必要ヲ見ルト

眞實發見ノ方法并ニ證明及ヒ證據ノ概念

第二 眞實發見ノ方法并ニ證明及ヒ證據ノ概念

八

裁判所ニ於テ問題トナリタル事實ヲ確定スルノ方法ハ吾人カ日常一般ニ未定ノ問題ヲ討究確定スル方法ト其根本ニ於テ相異ナルヘキ理ナシ何トナレハ裁判所ニ於テ事實ヲ討究シ其眞實ヲ發見スルモ裁判所外ニ於テ事實ノ眞實ヲ發見スルモ其眞實ニ於テ二アルヘキ筈ナク又其之ヲ發見スルノ方法モ均シク心理作用ニ依ルモノナレハナリ然レトモ裁判所ニ於テスル事實確定ノ方法ハ一般ノ眞實發見ノ方法ト全ク同一ナルニアラス即チ裁判所ニ於テ爲ス事實確定ノ方法ハ吾人カ普通ニ事實ヲ確定スル方法ニ比シテ多少ノ制限ヲ受ケサルヘカラス蓋シ一般科學上等ニ於ケル眞實發見ハ眞實發見其者ヲ以テ最終ノ目的ト爲スト雖モ之ニ反シテ裁判所ニ於ケル眞實發見ハ眞實發見其者カ最終ノ目的タルニアラス單ニ判決前ノ一手續タルニ過キサルカ故ニ必スヤ可成の迅速ニ又可成の少額ノ費用ヲ以テ一定ノ結果ヲ得ルノ要アリ從テ訴訟ノ當事者チテ無制限ニ證據ヲ提出セシムルコト能ハス一定ノ制限内ニ於テ眞實ヲ發見セサルヘカラス又裁判上ノ眞實確定ハ人ニ關スルモノナルヲ以テ裁判官ハ人情ノ爲メニ左右セラル、コト

ナシトセス必スシモ公平ヲ期スヘカラサルカ故ニ其專横ヲ防ク爲メ裁判官ノ認定ノ自由ヲ束縛セサルヲ得ヌ要ハ唯々普通一般ノ眞實發見ノ方法ヲ消極的或ハ積極的ニ制限スルニ在リ畢竟スルニ法律上ノ眞實發見ノ方法ハ人定法ノ制限アル外全ク普通一般ノ眞實發見ノ方法ニ異ナラサルモノトス故ニ或學者ハ普通一般ノ眞實發見ノ方法ト法律上ノ眞實發見ノ方法トノ關係ヲ以テ之ヲ性法ト國法トノ關係ニ比シテ曰ク自然ニハ一定ノ正義ノ源アリテ總テノ國法ハ皆チ其源ヨリ流出スルモノトス故ニ國法ハ其根本ニ於テ各國相同シキモノナルコト疑ナ容レス然レトモ同一ノ水源ヨリ流出スル水ト雖モ其奔流スル地質如何ニ依リ種々ニ其色ヲ變シ又其味ヲ生スルカ如ク國法モ亦同一ノ淵源ヨリ流出スルモ其地方及ヒ政府ノ有様如何ニ依テ種々ノ異ナリタル形體ヲ生スルモノナリ故ニ性法ノ研究ハ國法ノ研究ニ先ツツ要ス之ト同シク眞實發見ノ方法モ亦其自然ノ方法即チ普通一般ノ方法ハ制限的機械的方法ノ研究ニ先シテサルヘカラスト之ヲ要スルニ法律上ノ眞實發見ノ方法ハ普通心理作用ニ依ル眞實發見ノ方法ニ制限ヲ加ヘタルモノナルニ外ナラス故ニ證據法即チ法律上ノ眞實發見ノ方法ヲ研究ス

證據法 緒言 眞實發見ノ方法並ニ證明及ヒ證據ノ概念

九

ル以前ニ於テ先ツ其本源タル普通心理作用ニ依ル眞實發見ノ方法如何ヲ討究スルハ敢テ無用ノ業ニアラサルヘシ又其順序ニ於テモ當テ得タルモノナルヘシト信ス以下其梗概ヲ述フヘシ

第一、感覺ノ作用

第二、推理ノ作用

(第一) 感覺ノ作用

感覺ノ作用ハ又分テ二ト爲スコトヲ得ヘシ曰ク内界ノ感覺曰ク外界ノ感覺是ナリ

(一) 内界ノ感覺

内界ノ感覺トハ自己存在ノ覺知及ヒ現ニ自己ノ心裡ニ起リツ、アル現象ノ覺知ヲ云フ此感覺ニ依リ得ル所ノ覺知ハ眞實ヲ發見スルノ方法タルコト勿論ナリ哲學者ノ或一派ハ萬事萬物ヲ疑ヒ併セテ吾人ノ生存ヲ疑フニ至リシモ彼ノデカルト氏ハ其有名ナル格言ヲ以テ吾人ノ確信ノ基

礎ヲ定メタリ曰ク余ハ思考ス故ニ余ハ生存スト今ヤ此心理學ノ基礎ニ依リ

吾人ノ生存ヲ確信スルニ至レハ我心裡ニ生スル事實ハ何人ト雖モ之ヲ疑フコトヲ得サルナリ是レ即チ内界感覺ノ眞實ヲ發見スルコトヲ得ル所以ナリ

(二) 外界ノ感覺

外界ノ感覺トハ總テ五官ノ作用ヲ云フ此五官ニ依ル外部感覺ヲ以テ吾人ハ亦眞實ヲ發見スルコトヲ得ヘシ蓋シ五官ノ作用ニハ誤ナキヲ保セス物ナキニ見エ聲ナキニ聞ユルコトナシトセサルナリ然レトモ五官ノ作用ハ常ニ正確ヲ失ハス十中ノ八九概ネ皆ナ眞實ヲ發見スルコトヲ得其錯誤ヲ生スルハ實ニ例外ニ屬ス且ツ若シ吾人ニシテ我五官ノ作用ヲ疑ハ、到底世上何物カ眞實ナルヤヲ知ルコト能ハサルニ至ルヘシ是レ五官ノ作用カ眞實發見ノ一方法タル所以ナリ

(第二) 推理ノ作用

推理ノ作用ハ又分テ二ト爲スコトヲ得ヘシ曰ク演繹法曰ク歸納法是ナリ

(一) 演繹法

演繹法トハ一ノ斷定ヨリシテ他ノ斷定ヲ推斷スルノ方法ヲ云フ幾何學ノ原則ノ如キ皆ナ此原則ニ依リテ發見セラル、モノナリ蓋シ此推斷

方法ハ何人モ自明ノ理トシテ疑ハサル所トス而シテ此方法ノ眞實發見ノ一方法タルコトハ敢テ喋々ヲ要セス

(二) 歸納法 歸納法トハ格別ナル數個ノ事實ヨリ其種類ノ事實一般ニ共通ナル原則ヲ推測スル方法ヲ云フ例ヘハ水ハ冷氣ニ依リテ凝結スルモノナリ水銀ハ冷氣ニ依リテ固結スルモノナリ油モ亦冷氣ニ依リテ固結スルモノナリ故ニ凡テノ流動體ハ冷氣ニ依テ固結スルモノナリト云フカ如ク特別ナル事實ヨリ此等ノ種類ノ事實一般ニ通スル原則ヲ發見スル方法ナリトス然ルニ此方法ハ必スシモ眞實ヲ發見シテ誤ナキヲ保スヘカラス唯多分斯クアルヘシトノ眞實ヲ發見スルニ止マルモノトス何トナレバ一種ノ事實中格段ナル數個ヲ基礎トシテ其種類ノ事實一般ニ通スル原則ヲ發見セントスルニハ必スヤ其種類ノ總テノ事實ハ現ニ經驗シタル格別ナル事實ト其要素ニ於テ一致スルナルヘシトノ前提ニ依ラサルヘカラス換言セハ此方法ニ依リテ眞實ヲ發見スルニハ自然ノ一致(ユニフガリミチ)ナル一ノ想像的前提ヲ以テ基礎トセサルヘカラサレハナリ然レトモ適當ナル歸納法ノ結果ハ十中ノ八九

概ネ皆ナ其眞實ヲ誤ラス而シテ吾人ノ智識ノ大部分ハ實ニ此歸納法ニ依リテ得有スルモノナリ然ラバ則チ此方法モ亦眞實發見ノ一方法ナリト云ハサルヲ得ス

斯ノ如ク普通一般ノ眞實發見ノ方法ハ感覺及ヒ推理作用ノ二ニ過キサレヲ以テ法律上ニ於テモ眞實發見ノ方法ハ其根本ニ於テ亦實ニ此二者ニ外ナラサルモノナリト雖モ唯タ此方法ヲ執行スルニ付テハ前ニ述ヘタルカ如キ理由ニ依リ多少ノ制限ヲ受クルモノトス而シテ其制限ノ規定カ即チ證據法ノ規定タリ
以上一般ノ眞實發見ノ方法ヲ講述シタルヲ以テ茲ニ附加シテ證明及ヒ證據ノ意味ヲ説明セントス余カ爰ニ證明及ヒ證據ト云フハ法律上ノ證明及ヒ證據ヲ意味スルニアラス前ニ述ヘタル一般普通ノ眞實發見ノ方法ニ對シ又一般普通ニ證明及ヒ證據ト稱スルモノ、意味ヲ説明セントスルニ在リ

(第一) 證明 證明ナル語ニ二様ノ意義アリ

- 一、證明トハ直接或ハ間接ニ心裡ニ或事實ノ確信ヲ喚起セシムルニ至リタル一切ノ手續即チ活動ヲ云フ詳言セハ感覺ニ因テ得タル確信ノ證明ハ感覺其

者ヲ云ヒ演繹法ニ因テ得タル確信ノ證明ハ其確信ヲ得ルニ至リタルマテノ演繹法ニ依ル一切ノ手續ヲ意味ス例ハ幾何學ニ於テ所謂證明ノ如キ是ナリ又歸納法ニ依テ得タル確信ノ證明ハ其確信ヲ得ルニ至リタルマテノ歸納法ニ依ル一切ノ手續ヲ意味ス

(二) 證明ナル語ハ前ニ述ヘタル種々ノ眞實發見ノ方法ニ依リ心理ニ生シタル確信ノ有様其者ヲ云フ換言スレハ前述セル證明手續ノ結果タル確信其者ヲ意味スルモノトス

要スルニ證明ナル語ハ眞實發見ノ手續又ハ活動ヲ意味スルコトアリ或ハ其手續又ハ活動ノ結果タル確信其者ヲ意味スルコトアルモノナリ茲ニ注意スヘキハ證明ナル語ハ其何レノ意義ニ用ヰラル、ヲ問ハス常ニ關係的ノ語ナルコト是ナリ第一ニ證明ナル語カ確信ヲ得ルニ至リタル手續ヲ意味スルトキハ或一定ノ確信ニ對シテ一定ノ手續カ證明タルナリ絶對的ニ演繹法ハ證明ナリ歸納法ハ證明ナリト云フヲ得ス甲ナル演繹法ノ適用カ乙ナル確信ヲ生シタルトキハ其甲ナル格段ノ演繹法ノ適用即チ手續カ乙ナル確信ニ對シテ證明タル

ナリ又第二ノ意義ニ用ヰラレタルトキ即チ證明ナル語カ確信ノ有様其者ヲ意味スル場合モ亦關係的ノ語ナリ即チ或一定ノ證明手續ニ對シテ其結果タル確信カ證明タルナリ唯タ絶對的ニ一ノ確信ノ有様ヲ以テ證明ナリト云フヲ得ス甲ナル手續ニ依リ其結果トシテ乙ナル確信ノ有様ヲ生シタルトキハ其乙ナル確信ノ有様ハ甲ナル手續ニ對シテ證明トナルモノトス要スルニ證明ナル語ハ絶對的ノ語ニアラスシテ關係的ノ辭ナルコトヲ注意スヘシ

(第二) 證據 證據ナル語ハ其元來ノ意味ニ於テハ明確ナル有様ヲ意味スルモノトス然レトモ普通ニ左ノ二個ノ意味ヲ有セリ

一、證據ナル語ハ證明ト同意義ニ用ヰラル、コトアリ前ニ述ヘタルカ如ク證明ニハ二個ノ意義アルカ故ニ從テ又此場合ニ於テ證據ニ二個ノ意義ヲ生ス(一)證據トハ確信ヲ生スルニ至リタル一切ノ手續即チ活動ヲ意味シ(二)或ハ其活動ノ結果ナル確信ノ有様ヲ意味スルモノナリ

二、證據ナル語ハ證明ノ材料ト云フ意義ニ用ヰラル、コトアリ等シク證據ヲ以テ證明ノ材料ト爲ス學者ノ中ニ或ハ證明ノ材料タル事實ナリトスルモノ

アリ又ハ證明ノ材料タル事物ナリトスルモノアリベンサム氏及ヒベスト氏ハ證據ノ定義ヲ與ヘテ曰ク「甲ナル事實」(Fact)ノ結果又ハ傾向カ心理ニ或事實ノ存在ノ確信ヲ生セシムルトキハ其甲ナル事實ヲ證據ト云フ」ト即チ推理解ノ作用ニ依テ甲ナル事實ヨリ乙ナル事實ノ存在ノ確信ヲ發生スルトキハ其甲ナル事實ヲ證據ト云フモノトス又米國ノ學者セイヤー氏モ此ベンサム及ヒベスト二氏ノ定義ヲ以テ最モ完全ナルモノト爲シ之ニ贊同セリ然レトモ之ニ反シテスティーブン氏及ヒフイブソン氏等ハ證據ハ事實ニアラスシテ證明ノ材料タルヘキ事物ナリトセリ

斯ノ如ク證明及ヒ證據ニ種々ノ意義アリト雖モ爰ニハ唯タ一般ニ證明及ヒ證據ニハ數種ノ意味アルコトヲ述ヘタルニ過キヌ其意義中法律上ノ用語トシテハ何レカ最モ其正鵠ヲ得タルモノナルヤ等詳細ノ事項ハ後章ニ於テ法律上ノ證明及ヒ法律上ノ證據ヲ論スルノ際比較論評スル所アラントス

終ニ臨ンテ注意スヘキハ證據ナル語モ亦證明ナル語ト同シク關係的ノ語ナルコト是ナリ即チ絶對ニ證據ナルモノアルコトナク唯或證明即チ確信ノ有様ニ對シ

證據法ノ必要

テ其材料タル證據アルヘキモノトス此事ハ前ニ證明コ付キ詳説シタルト同一理ナルヲ以テ茲ニ喋々ヲ要セサルヘシト信ス

第一章 證據法

第一節 證據法ノ必要

既ニ述ヘタル如ク裁判上ノ眞實發見ノ方法ハ普通一般ノ眞實發見ノ方法ニ對シ人定法ノ規定ヲ以テ制限ヲ加ヘタルモノニシテ證據法ハ即チ其制限ヲ規定シタルモノナリ而シテ其制限ノ規定ハ之ヲ二種ニ區別スルコトヲ得ヘシ曰ク除外的(Exclusionary)法規曰ク附與的(Investigative)法規是ナリ除外的法規トハ一般普通ノ眞實發見ノ方法ニ於テハ當然眞實發見ノ材料トナルヘキモノヲ法律ノ規定ヲ以テ之ヲ除外シ法律上ニ於テハ眞實發見ノ材料トナスコトヲ得スト規定スルモノヲ云フ例ヘハ或國ノ證據法ニ於テ傳聞證據ハ法律上證據ト看做サスト規定スルカ如キ是ナリ夫レ傳聞證據ナルモノハ吾人カ日常萬般ノ事實ヲ判斷スルニ於テ最モ多少利用セラル、モノニシテ普通ノ眞實發見ノ方式ニ於テハ當然其材料トナルヘキモノタルニ拘ラス法律ハ或理由ニ依リ之ヲ除外シテ證據トナサ、ルモノ

トス其他或刑罰ヲ受ケタル者ノ證言ハ證據トスルヲ得スト云フカ如キ又ハ何歳未滿ノ幼者ハ證人トスルヲ得スト云フカ如キ規定ハ皆此除外的法規ニ屬スルモノトス次ニ附與的法規トハ法律上格段ナル證據ニ特別ノ效力ヲ附與スル規定其他一定ノ事實ヨリ一定ノ效果ヲ生スヘキコトヲ規定スル法規ヲ云フ例ヘハ公正證書ノ證據力ヲ定メ又ハ自白ノ效力ヲ定ムルカ如キ是ナリ要スルニ法律上ノ眞實發見ノ方法ハ消極的及ヒ積極的ニ普通ノ眞實發見方法ヲ制限スルニアルモノナリ是ニ於テ乎一ノ疑問ヲ生セサルヲ得ス夫レ事實ノ眞實ヲ發見スルカ爲ニハ須ラク可及的多クノ材料ヲ蒐集セサル可カラス又其判定ハ可成的自由ナルヲ要ス然ルニ法律ハ機械的法規ヲ設ケ以テ一方ニ於テハ其材料ヲ制限シ一方ニ於テハ其判定ノ自由ヲ束縛スルハ抑モ亦如何ナル必要ニ依ルモノナルヤ夫レ事實ノ現象ハ千態萬狀複雜極マリナキモノナリ然ルニ其眞實ヲ發見セントスルニ當リ豫メ其材料ヲ制限シ且證據ノ效力ヲ一定シ以テ其判定ノ自由ヲ束縛セハ豈ニ能ク其眞實ヲ發見シテ誤ナキヲ得ンヤ然ルニ尙ホ且ツ法律カスノ如キ制限ヲ加フル所以ノモノ蓋シ大ニ理由アリ以下請フ其理由ヲ述ヘン

(第一) 裁判官ノ自由裁量ヲ制限スルカ爲メ證據法ヲ要ス

裁判官モ亦人ナルヲ以テ事實ノ認定ニ付キ錯誤アルヲ免ルヘカラサルノミナラズ時トシテ人情ニ左右セラル、コトアルヘク必スシモ公平ナル判断ヲ期スル能ハス然ルニ若シ證據法ノ存在スルモノナク事實ヲ判定スルハ一ニ判事ノ自由ニアリトセンカ人民ノ權利ヲ保護スヘキ裁判所ハ反テ全ク古代ノ如ク專横壓制ノ具タルニ至ルナキヲ保スヘカラス故ニ各國概シ皆證據法ヲ設ケ特ニ裁判上證據トナルヘキモノ、性質及ヒ效力ヲ規定シ以テ裁判官ノ專横ヲ防カサルハナシトス如ク裁判官ノ判定ノ自由ヲ制限スルハ前ニ述ヘタルカ如ク眞實發見ノ上ニ於テ必ス不便ヲ生シ不都合ヲ來タスコトアルヘシト雖モ其裁判官ノ專横ヲ防シノ利益ハ能ク其或ル場合ニ於ケル不便ヲ償フテ餘アリト云フヘシ余故ニ曰ク證據法ハ裁判官ノ自由裁量ヲ制限スル爲メニ必要ナリト

證據法上ノ原則中裁判官ノ專横ヲ防クノ目的ヲ以テ定メラレタルモノ尠ナカラズ就中左ノ大原則ノ如キ最モ其著シキモノナリトス

彼ノ裁判官ハ問題トナリタル事實ニ付テハ自己ノ智識ニ依リ其事實ヲ判定スル

コトヲ得ス單ニ提出セラレタル證據ノミヲ以テ判定ノ材料トナスベキモノトス
 トノ原則ノ如キハ實ニ裁判官ノ專横ヲ防クノ必要ヨリ發生シタルモノナリ此原
 則ノ主意タル蓋シ事實ノ問題ヲ決スルニ當リテハ裁判官ヲシテ毫モ之ニ關スル
 自己ノ智識ヲ挾マシメサルニアリ例ヘハ殺人犯ニ關スル刑事訴訟提起セラレタ
 リトセンニ偶マ其殺人犯ハ裁判官ノ隣家ニ於テ起リタルモノナルヲ以テ其當時
 裁判官自身ハ親シク其犯罪行為及ヒ犯人ヲ目撃シタリト雖モ法廷ニ於テ其事實
 ナ決スルニ當リテハ裁判官ハ被告人カ殺人罪ヲ犯シタルニ相違ナシ自己ハ確ニ
 之ヲ目撃シタレハナリト云フコトヲ得ス一ニ法廷ニ提出セラレタル證據ニ依テ
 之ヲ判斷セサルヘカラサルカ如シ蓋シ一般ノ理論ニ於テハ事實ヲ決スルニ最モ
 正確ナルハ自己ノ直接感知ニ若クハナシ然ルニ裁判上ニ於テハ裁判官カ事實ヲ
 決スルニ當リ其事實ニ關スル自己ノ智識ヲ用ユルコトヲ許サズ却テ迂遠ナル證
 據ノ方法ニ依ラサルヘカラストスル所以ノモノ蓋シ裁判官ハ自由ニ自己ノ智識
 ナ以テ裁判スルコトヲ許ストセハ恰モ裁判官ニ擅ニ自己ノ意向ニ從ヒ事實ヲ判
 定スルコトヲ許スト毫モ擇フ所ナキニ至ルヘケレハナリ故ニ曰ク此原則ノ如キ

一ニ判事ノ專横ヲ防クノ主意ニ出タルモノナリト

(第二) 裁判所ノ行為ヲシテ迅速ナラシムルカ爲メ證據法ヲ要ス

裁判所ノ行為ハ事實ノ眞實ヲ發見スルコト其最終目的ニアラス其最終ノ目的ト
 スル所ハ一ニ判決ニ在リ而シテ判決ハ徒ラニ遲延ヲ來タスコトナク須ラク迅速
 ナルヲ要ス從テ事實ノ問題ヲ決スルモ亦迅速ナルヲ要ス故ニ特ニ法律ヲ以テ事
 實問題ノ決定ヲ速カナラシムルノ便宜法ヲ設クルノ必要アリ證據法中此目的ヲ
 以テ設ケラレタル規定甚ナカラス今其二三ヲ例示セハ左ノ如シ

(一) 事實ノ特別處分方法 裁判所ハ問題トナリタル事實ノ眞實ヲ發見シ其眞

實ニ法律ヲ適用スルヲ原則トス然レトモ事實ノ眞實ハ必スシモ發見シ得ヘ
 キモノニアラス時ニ或ハ裁判官事實ノ眞相ヲ確メ得サルコトナシトセズ此
 場合ニ於テモ裁判官ハ自己カ事實ノ眞相ヲ確メ得ストノ理由ニ依リ其眞相
 ナ確メ得ルマテ永久ニ判決ヲ遲延スルコトヲ得ス縱令眞實ヲ確メ能ハサル
 トキト雖モ如何ニカ其事實問題ヲ決定シ速ニ判決ヲ下スコトヲ要ス蓋シ古
 代人智ノ未タ發達セサル場合ニ於テハ事實ノ眞實ヲ發見スルコト現今ニ比

シ一層困難ナリシヲ以テ其不明ノ事實ヲ終始處分スル機械的方法モ亦現今ニ比シ一層ノ必要ヲ見タリシナリ故ニ其事實ノ問題ヲ決スルハ毫モ論理ノ方法ニ依ラス一ニ機械的ナル偶然的標準ヲ以テセリ例ヘハ本邦古代ニ於ケル探湯裁判ノ如キ或ハ歐洲古代ニ於ケル決闘裁判ノ如キ是レナリトス現今ニ至リテモ亦事實ノ眞實ヲ發見スルコト困難ナル場合尠ナシトセス故ニ此場合ニ於テ事實問題ヲ決定スルノ特別便宜法アルヲ要ス即チ證明責任ノ制裁ニ關スル規則ノ如キハ其一例トシテ見ルヘキモノナリトス請フ左ニ之ヲ論述セン

證據法ハ證明ノ責任ニ關スル規則ヲ定メ訴訟當事者ノ一方ニ證明ノ責任ヲ歸シ若シ其責任アル當事者カ證明シ能ハサルトキハ事實ノ如何ヲ問フヲ要セス其當事者ハ直チニ敗訴ヲ言渡サルヘキモノトセリ然レトモ當事者ノ一方其主張事實ノ證明ヲナス能ハサルトキト雖モ純粹ノ理論ヨリ云ヘハ必スシモ其事實ノ主張カ不實ナリト云フヲ得ス證明シ能ハサルコトハ不實ナリト云フハ理論ノ結果ニアラサルナリ蓋シ此證明ノ責任ノ制裁ニ關スル規定

ノ如キハ訴訟ノ終結ヲ迅速ナラシムル必要ヨリ生シタル一ノ便宜法ニ外ナラサルヘシト信ス

(二) 一事不再理ノ規則 抑モ事實ノ眞實ヲ發見セントセハ一タヒ試ミタル後誤アルコトヲ發見スレハ幾回タリトモ之ヲ改ムルコトヲ憚ルヘカラス然ラサレハ到底正確ナル眞實ハ之ヲ發見シ能ハサルヘシ然ルニ裁判所ノ判決ハ一タヒ確定シタル上ハ後日其誤ヲ證明スルニ足ルヘキ新ナル材料ヲ發見スルコトアルモ再ヒ之ヲ審理シ前判決ヲ改ムルコトヲ得サルモノトス是レ實ニ已ムヲ得サルノ結果ニシテ前二個ノ規則ト同シク裁判所ノ行爲ヲ迅速ナラシムルノ主義ニ出テタルモノニ外ナラス

(三) 證據制限ノ規則 非常ナル手數費用ヲ要シ又ハ遲延ヲ來タスノ恐レアル證據ハ其提出ヲ許サストノ規定ノ如キモ亦裁判所ノ行爲ヲシテ徒ラニ遲延ヲ來タサ、ラシマンカ爲メ設ケラレタル規定ニ外ナラサルナリ

(第三) 公益上證據ヲ制限スルノ必要アルカ爲メ證據法ヲ要ス
何レノ邦國タルヲ問ハス公益上ノ必要ヨリ證據ニ制限ヲ設クルコトアリ即チ縱

分其證據ハ問題トナリタル事實ニ直接ノ關係アリ且ツ證明ノ材料トシテ充分ノ效力アルモノナルモ公益上ノ理由ニ依リ之ヲ證據トシテ提出スルコトヲ許サ、ルノ規定アリ例ヘハ國家ノ政界及ヒ職務上ノ秘密ノ如キハ判決ノ好材料トナルヘキ場合ニ於テモ亦之ヲ以テ證明ノ資トナスコト能ハサルカ如シ

(第四) 法律上ノ眞實發見ニハ特ニ擔保ヲ要スルカ故ニ證據法ヲ要ス

裁判上事實ヲ確定スルハ歴史ノ事實ヲ發見スルト同シク多クハ過去ノ事ニ屬スト雖モ之ヲ發見スルノ方法ニ至テハ二者大ニ異ナルモノアリ蓋シ歴史ノ事實ハ古來ノ記録並ニ傳説アリテ存スルカ故ニ種々ノ手段ニ因リテ其眞偽ヲ探究スルヲ得ヘシ又其之ヲ證明スヘキ材料モ決シテ尠ナカラス且ツ歷史上ノ事實ノ如キハ多數人之ヲ知悉シ又其事實ニ付テ利害ノ關係ヲ有スルモノ甚ダ少ナシト雖モ之ニ反シテ法律上ノ證據ニ至テハ大ニ其趣ヲ異ニシ裁判官ハ單ニ其提出セラレタル證據ノミニ依テ裁判ヲ下サ、ルヘカラサルノミナラス又其爭訟スル事實ハ尠少ノ人ノ外之ヲ知了スル者ナシ又其之ヲ知了スルノ人悉ク自己ニ利害ノ關係ヲ有スルモノナルカ故ニ從テ證據ヲ偽造スルノ恐レ最モ多シ斯ノ如ク法律上ノ

六九

眞實發見ニ付テハ種々ノ困難危險アルモノナルヲ以テ法廷ニ提出セラレヘキ眞實發見ノ材料ニ關シテハ特ニ其眞實ナルコト及ヒ完全ナルコトノ擔保アルコトヲ要ス今左ニ此目的ニ出テタル規定ノ二三ヲ例示セントス

(一) 偽證ヲ罰スルノ規定 何レノ邦國タルナ問ハス偽證ヲ罪トシテ罰スルノ規定ヲ設ケサルモノナシ是レ即チ前ニ述ヘタル擔保ノ目的ニ出テタルヤ言ヲ依テスシテ明カナリ

(二) 證人ニ宣誓ヲ要サシムル規定 或ハ曰ク證人ノ宣誓ハ毫モ擔保タルノ效力アルモノニアラス若シ其證人ニシテ正直ナル者ナラシメハ敢テ宣誓ヲ爲サシメサルモ尙ホ且ツ虛言ヲ吐カサルヘシ之ニ反シテ其證人ニシテ元來不正直ノ者ナラシカ如何ニ嚴正ナル宣誓ヲ爲サシムルモ亦偽言ヲ吐テ毫モ顧ミル所ナカルヘシ故ニ宣誓ハ擔保タルノ效力ナシト論者ノ言索ヨリ一理ナキニアラスト雖モ證人ヲシテ不知不識ノ間ニ虛言ヲ吐ク等ノコトナク謹慎シテ眞實ヲ述フヘキコトノ注意ヲ惹起セシムルノ點ニ於テ一ノ擔保タルノ效力ナシト云フヘカラス是レ余カ宣誓ヲ以テ擔保ノ一ナリトナス所以ナリ

トス

(三) 豫定證據ヲ設クル規定 後日證明ノ用ニ供スル爲メ當事者ヲシテ豫メ證據ヲ準備セシムルハ詐欺ヲ防クノ點ニ於テ效力アルヤ明カナリ夫ノ英國ニ於ケル詐欺條例ノ規定ノ如キ又我舊民法證據編中價額五十圓以上ノ目的物ヲ有スル權利關係ニ付テハ總テ證據ヲ準備スルヲ要スル規定ノ如キ即チ所附豫定證據ノ規定ニシテ其擔保ノ一方法タルヤ言テ俟タサルヘシ

(四) 證言ヲ排斥スル規定 例ヘハ幼年者犯罪者等ノ證言ハ之ヲ證據トシテ採用セストノ規定ノ如キ又ハ異信敬者ノ證言ハ之ヲ採用セスト云フカ如キ規定即チ是ナリ斯ル規定ハ近來頗ル學者ノ容レサル所ナルニ拘ハラス何レノ邦國ヲ問ハス皆斯ノ如キ規定ヲ設ケタル所以ノモノ亦之ヲ以テ擔保ノ一方法トナスニ外ナラサルナリ

(五) 證據ノ數ヲ法定スルコト 例ヘハ羅馬法ニ於テ凡ソ二人ノ證人ヲ要ストシ又或辨濟ヲ證明スルニハ五人ノ證人ヲ要ストスルカ如キ又英國ニ於テ反逆及ヒ遺言ヲ證スルニハ二人ノ證人ヲ要スルモノト爲スカ如キ是ナリ要ス

ルニ此等ノ規定ハ皆前ニ述ヘタルカ如キ擔保ノ目的ニ出テタルモノタルヤ言テ俟タス

之ヲ要スルコト以上論述シ來リタル四个ノ理由即チ裁判官ノ自由裁量ヲ制限スルコト裁判所ノ行爲ヲ迅速ナラシムルコト公益上ノ必要ヨリ證據ノ提出ヲ制限スルコト及ヒ法律上特ニ擔保ヲ必要トスルコト等ニ依リテ普通一般ノ眞實發見ノ方法ニ制限ヲ附スルノ必要アリ是レ即チ證據法ノ規定ヲ設ケル所以ナリ

證據法ノ定義

第二節 證據法ノ定義

從來ノ學者特ニ證據法ニ關シテ定義ヲ下シタルモノ甚ク少シ蓋シ多數ノ學者ハ概ネ最初ニ證據ノ意義ヲ説明シテ證據ニ關スル法規ヲ以テ證據法ナリトシ特ニ證據法其者ノ性質ヨリ定義ヲ下シタルモノ頗ル稀ナリ獨リ米國ノ學者セイヤ

氏ハ證據法ノ定義ヲ下シテ曰シ
證據法トハ事實問題ニ關スル裁判上ノ穿鑿ニ付テノ法規ナリ
ト余ハ氏ノ定義ヲ以テ其當ヲ得タルモノナリト信ス然レトモ尙ホ一層其意ヲ明瞭ナラシメンカ爲メニ左ノ如ク定義ヲ試ミントス

證據法トハ裁判所カ問題トナリタル事實ヲ決定スルニ付キ證據スヘキ法規ノ全體ヲ云フ

今此定義ヲ分析シテ説明スレハ左ノ如シ

(第一) 證據法ハ事實ヲ決定スルニ付テノ法規ナリ 既ニ屢述ヘタルカ如ク法律ハ豫定事實ニ伴フ豫定命令ナリ而シテ其豫定命令ノ實行セラル、爲メニハ豫定事實ノ主觀的發生ヲ必要トス即チ一ノ判決ハ必ス下ノ如キ三段論法ニ依ラサルヘカラスナルナリ例ヘハ借リタル金ハ返サ、ルヘカラス(大前)甲ハ乙ヨリ金ヲ借リタリ(小)依ニ甲ハ乙ニ金ヲ返サ、ルヘカラス(定)ト云フカ如キ是ナリ此論法中ノ小前提ナル甲ハ乙ヨリ金ヲ借リタリトノ格段ナル事實ヲ決定スルニ付テノ規則カ即チ證據法ナリトス是レ余カ證據法ハ實事ヲ決定スルニ付テノ法則ナリト云フ所以ナリ彼ノ舊民法證據編第一部第一節ニ於テ法律ノ解釋ニ關スル規定ヲ設ケタルカ如キハ全ク證據法ノ範圍ヲ脱シタル不當ナル規定ト云ハサルヲ得ス

(第二) 證據法ハ事實ヲ決定スルニ付テノ法則ナリ 前ニモ述ヘタルカ如ク總テ

判決ナルモノハ問題トナリタル事實ノ真相ヲ發見シ其發見シ得タル真相ニ法律ノ規定ヲ適用スルモノタルヲ通常トスト雖モ事實ノ真相ハ必スモ發見シ得ヘキモノニアラス時トシテ到底發見シ能ハサルコトアリ此ノ如キ場合ニ於テモ裁判所ハ尙ホ其裁判ヲ遲延シルコト能ハス必ツ速カニ判決ヲ下サ、ルヘカラスナルナリ故ニ事實ノ真相ヲ發見スル能ハサル場合ニ於テモ尙ホ如何ニカ其事實ヲ決定スヘキ特別處分法ハ亦實ニ證據法ノ規定ヲ要スル所以ナリ故ニ或學者ノ如ク證據法ヲ以テ裁判上事實ノ真相ヲ發見スルニ付テノ法規ナリト云フハ通常ノ場合ニ於テハ當テ得タリト雖モ之ヲ嚴格ニ論スルトキハ未ダ以テ完全ナル定義ト云フコトヲ得ス何トナレハ證據法ノ規定スル所ハ管ニ事實ノ真相ヲ發見スルニ付テノ法規ノミニニアラス事實ノ特別處分法ヲ定ムル便宜法モ其カラサレハナリ是レ余カ證據法ヲ以テ事實ノ真相ヲ發見スルニ付テノ法規ナリト云ハスシテ廣ク事實ヲ決定スルニ付テノ法規ナリト云フ所以ナリ

(第三) 證據法ハ裁判上問題トナリタル事實ヲ決定スルニ付テノ法規ナリ 證據

證據法ハ裁判上問題トナリタル事實ヲ決定スルニ付テノ法規ナリ

法ノ規定スル所ハ裁判上問題ト爲リタル事實ヲ決定スルノ方法ナリトス或學者ハ曰ク證據法ハ裁判上争アル事實ヲ決定スル法規ナリ争ナキ事實ハ毫モ證據法ノ干與スル所ニアラス何トナレハ若シ事實ノ點ニ付キ争ナキ場合ニ於テハ裁判所ハ直チニ其事實ニ法律ヲ適用シテ判決ヲ下スヘキモノナルヲ以テ其事實ハ毫モ之ヲ決スルノ必要ナカルヘシ故ニ證據法ノ干與スル所ハ唯タ争アル事實ノミニ限ルモノナリト然レトモ余ノ管見ヲ以テスレバ證據法ハ決シテ争アル事實ノミヲ決定スルニ付テノ法規ニアラス争ナキ事實ト雖モ亦證據法ノ干與スル所ナリト云ハサルヲ得ス蓋シ當事者間ニ争ナキ場合ハ證據法ノ干與スル所ニアラストセハ其事實ヲ決スルハ一ニ普通ノ眞實發見ノ方法ニ依ルヘキモノナリト云ハサルヲ得ス何トナレバ前ニ述ヘタルカ如ク裁判所ニ於テ事實ヲ確定スルハ一般普通ノ眞實發見ノ方法ト其根本ニ於テ異ナル所ナク唯證據法ナル器械的法規ニ依リテ其方法カ制限セラル、モノタルニ過キス故ニ争ナキ事實ハ證據法ノ干與スル所ニアラストセハ争ナキ事實ニ付裁判所カ其眞實ヲ發見セントスルニハ必ス普通ノ論理方法ノミニ依ラサルヘカラス然

ルニ通常ノ論理法ニ於テハ當事者雙方ノ争ハサル事實ハ必スシモ眞實ナリト云フコトヲ得ス換言スレハ争ハレサル事實ハ眞實ナリト云フハ論理ノ結果ニアラサルナリ例ヘハ甲者ハ其債權ヲ有セタルモ詐テ乙者ニ對シ貸金ノ請求ヲナシタリトセヨ此場合ニ於テ乙者ハ負債ノ數非常ニ多ク一々記憶セサルヲ以テ過テ甲者ニ對シテモ亦多分負債アリタルナラント思惟シ其負債ヲ自白シタル場合ノ如キ争ハレサル事實ナリト雖モ實際ニ於テハ其事實ハ眞實ニアラサルナリ故ニ一般ノ論理方法ニ從ヘハ争ハレサル事實ト雖モ直チニ之ヲ眞實ト看做スコトヲ得ス尙ホ進シテ穿鑿ヲ盡シテ充分ノ證據ヲ經テ始メテ決定セラルヘキモノナリト云ハサルヘカラス然ルニ或學者ハ曰ク争ハレサル事實ハ眞實ト看做サル故ニ證據法ノ干與スル所ニアラスト抑モ知テス争ハレサル事實カ眞實ト看做サル、所以ノモノ實ニ證據法ナル器械的法規ノ效力ニ依ルモノナルコトヲ故ニ余ハ此學者ト正反對ニ争ハレサル事實ハ眞實ト看做サル故ニ争ハレサル事實ハ證據法ノ干與スル所ナリト云ハント欲ス換言スレバ争ハレサル事實ハ眞實ト看做サル是レ争ハレサル事實ニ證據法ノ干與シタル結果

ナリト云フヲ得ヘシ要スルニ證據法ノ干與スルハ争アル事實ニノミ限ルモノ
 ニアラズ争ハレサル事實モ亦證據法ノ干與スル所タルヤ論ヲ俟タス是レ余カ
 證據法ハ争アル事實ヲ決スル法規ナリト云ハスシテ廣シ問題ニナリタル事實
 ナ決定スル法規ナリト云フ所以ナリトス况ンヤ刑事ノ場合ニ於テハ自白ハ事
 實決定ノ最終標準タルニアラスシテ單ニ一ノ證據ニ過キス(刑事訴訟法第百三十九條參照)又
 民事ニ於テモ自白ヲ以テ一ノ證據トナス學者甚々擧ナカラサルニ於テオヤ自
 白ニシテ一ノ證據ナリトセハ争ハレサル事實モ亦自白ナル一ノ證據ニ依テ證
 明セラルヘキモノナルヲ以テ争ハレサル事實カ證據法ノ範圍内ニ在ルコト益
 明ナルヘシト信ス

(第四) 證據法ハ事實ヲ決定スルニ付テノ法規ノ全體ヲ云フ 余ハ證據法ヲ定義
 シテ裁判所カ事實ヲ決定スルニ付テノ一切ノ法規ナリト爲スモノナリ然ルニ
 或學者ハ證據ニ關スル法規ヲ分テ證據原則法及ヒ證據手續法ノ二トシ其原則
 法ノミヲ採リテ之ヲ證據法ナリトシ手續法ハ訴訟法ニ屬スヘキモノナルヲ以
 テ證據法ニアラストセリ蓋シ此説タルヤ證據法ヲ以テ全ク訴訟法ト區別スル

ヨリシテ生スルモノナリト雖モ斯ノ如キ區別ハ何カ故ニ之ヲ設クルノ必要ア
 リヤ余ハ實ニ其理由ヲ發見スルニ苦マスンハアラズ尤モ或ル國ノ法典ニ於テ
 特ニ證據ノ原則ニ關スル法規ト其手續ニ關スル法規トヲ區別シ一ハ之ヲ主法
 法典中ニ規定シ一ハ之ヲ訴訟法中ニ規定シタルモノアリト雖モ是レ蓋シ或ハ
 便宜ニ基キタルモノナルヘキモ決シテ之ヲ以テ法理ノ正鵠ヲ得タルモノト云
 フヘカラス余ヲ以テ之ヲ見レハ學理上證據法ハ決シテ訴訟法ト判物タルニア
 ラズ證據ニ關スル法規ノ全體ハ總テ訴訟法ノ一部分ナリト斷言スルニ躊躇セ
 サルナリ何トナレハ訴訟法トハ裁判所カ訴訟ヲ審理スルニ付テ證據スヘキ法
 規ノ全體ヲ云フモノナリ而シテ證據法トハ裁判所カ問題トナリタル事實ヲ決
 スルニ付テ證據スル法規ヲ云フモノナリ然リ而シテ事實決定ハ訴訟審理ノ一
 部分ナルコト明ナルヲ以テ證據法カ訴訟法ノ一部分タルコト亦言ヲ俟タサル
 モノト云ハサルヲ得ス證據ニ關スル法規ノ全體ニシテ果シテ訴訟法ノ一部ナ
 リトセハ證據原則法ノミカ所謂證據法ト云フヘキモノニシテ證據ノ手續ニ關
 スル法規ハ訴訟法ニ屬スヘキモノナルカ故ニ證據法ニアラスト云フカ如キ區

別ハ論理上到底爲シ能ハサルモノト云ハサルヲ得ス是レ余カ證據法トハ事實
 決定スルコト付テノ一切ノ法規ヲ云フト定義スル所以ナリトス蓋シ獨逸ニ於
 テハ訴訟法中ニ於テ證據ニ關スル一切ノ法規ヲ設ケ證據法ヲ以テ訴訟法ノ一
 部トナシタルカ如キ能ク法理ノ正鵠ヲ得タルモノナリト云ハサルヲ得ス又英
 國ニ於テハ成文法規ナシト雖モ之ヲ學者ノ著書ニ見ルニ證據法中概不皆證據
 手續ニ關スルコトヲモ論究シ敢テ原則法ト手續法トヲ區別セス我國ニ於テモ
 亦不日改正セラルヘキ民事訴訟法中ニ於テ證據ノ原則ニ關スル法規ヲ設クル
 ニ至ランカ余ノ見解ノ誤ラサルコト益明ナルヘシト信ス

(第五) 證據法ハ裁判所カ準據スヘキ法規ナリ 余ハ證據法ヲ以テ裁判所カ準據
 スヘキ法規ナリト定義セリ人或ハ難シテ云ハシ證據法ハ獨リ裁判所ノミカ準
 據スヘキ法規ニアラス主トシテ人民ニ對スル法規ナリト云ハサルヘカウス例
 ヘハ價格五十圓以上ノ目的物ヲ有スル權利關係ハ證書ヲ以テ之ヲ證明スルコ
 トヲ要ストノ規定又ハ雙務契約證書ハ必ス二通ヲ作クルコトヲ要スト云フガ
 如キ規定等ハ皆人民ニ對スル法規ト云ハサルヲ得ス豈ニ之ヲ以テ裁判官ニ對

七九

スル法規ト云フヲ得ンヤト然レトモ此議論ハ唯觀察點ヲ異ニセルニ過キス當
 事者ノ方面ヨリ之ヲ觀察スレハ素ヨリ論者ノ云フカ如シト雖モ之ヲ反對ニ裁
 判所ノ方面ヨリ觀察スルトキハ前例ノ如キ法規モ亦依然トシテ裁判所ニ對ス
 ルノ法規ナリト云フヲ得ヘシ即チ前例ノ如キ規定ハ若シ當事者カ價格五十圓
 以上ノ目的物アル權利關係ナルニモ拘ハラス證書ヲ以テ證明セザルトキ又ハ
 雙務契約ナルニ拘ハラス二通ノ證書ヲ作ラザリシトキハ其當事者ニ敗訴ヲ言
 渡スヘシトノコトヲ裁判所ニ命シタルモノナリト解釋スルコトヲ得ヘシ要ス
 ルニ其觀察點ノ如何ニ依リ證據法ナルモノハ或ハ當事者ニ對スル命令ナリト
 モ或ハ裁判所ニ對スル命令ナリトモ解釋スルコトヲ得ヘシ而シテ今余カ特ニ
 證據法ヲ以テ裁判所ニ對スル命令ナリト解釋シ裁判所カ證據スヘキ法規ナリ
 ト定義スル所以ノモノハ蓋シ以下ノ理由ニ因ルモノトス抑モ近世ノ學者ハ皆
 訴訟法ヲ以テ公法ニ屬スルモノトシ訴訟法トハ國家カ裁判權ヲ行使スルニ付
 テノ形式ヲ定メタルモノナリトセリ然ラハ則チ訴訟法ハ國家ノ行爲ヲ規定シ
 タルモノニシテ人民ノ行爲ヲ規定シタルモノニアラス換言スレハ訴訟法ナル

モノハ直接ニ國家ノ機關ニ對スル命令ニシテ人民ニ對スル命令ニアラス唯タ
其結果間接ニ人民ニ效果ヲ及ホスモノタルニ過キサルモノト解釋スルヲ以テ
最モ其精神ニ適合スルモノナルヘント信ス訴訟法ノ性質ニシテ果シテ斯ノ如
クトセハ其一部分ナル證據法モ亦然ラサルヲ得サルコト敢テ言テ俟タス是レ
余カ證據法ハ裁判所ノ證據スヘキ法規ナリト云フ所以ナリトス

第二章 證明ノ主格

第一 證明ノ意義

普通ノ用語トシテ證明ナル語ハ二個ノ意義ヲ有シ或ハ確信ノ有様ヲ意味シ或ハ
確信ヲ惹起サシムル手續ヲ意味スルモノタルコト前ニ述ヘタルカ如シ而シテ法
律上ノ用語トシテハ亦同シク證明ナル語ハ以上ノ二意義ヲ有ス蓋シ英米ノ學者
ハ概シ皆證明ナル語ヲ以テ確信ノ有様ト云フ意義ニ使用セリ例ヘバ米國ノ學者
グリントローフ氏ノ如キ證明ノ定義ヲ與ヘテ曰ク證明トハ證據ノ結果ナリト又カ
リフホルニヤノ民事訴訟法ニ於テハ其第一千八百二十四條ヲ以テ證明ノ定義ヲ下シ
テ曰ク證明トハ證據ニ依リテ得タル確信ノ有様ナリト之ニ反シテ我國從來ノ用

例ニ於テハ概シ皆證明ナル語ヲ以テ裁判官ヲシテ確信ヲ惹起サシムル手續ナ
ル意味ニ使用セルモノ、如シ斯ノ如ク證明ナル語ニハ二様ノ意義アルヲ以テ其
孰レノ意義ニ使用スルモ敢テ不可ナシト雖モ同時ニ二様ノ意義ニ使用スルトキ
ハ徒ニ混雜ヲ來タスノ恐アルヘキヲ以テ之ヲ其孰レノ意味ニ決スルヲ問ハス須
ラク一定スルコトヲ必要トス余ハ本講義ニ於テハ證明ナル語ヲ以テ裁判官ニ確
信ヲ惹起サシムル手續ナル意味ニ限定セント欲ス蓋シ確信其者ノ有様ヲ表示ス
ルニハ別ニ心證ナル適當ノ用語アルヲ以テ確信ナル意義ハ之ヲ心證ナル語ニ讓
リ證明ナル語ノ意義ハ之ヲ確信ヲ惹起ス手續ト云フコトノミニ限リ以テ其錯雜
ヲ防カント欲ス故ニ今法律上證明ノ定義ヲ下セハ左ノ如シ
法律上ノ證明トハ法律上一定シタル形式ニ從テ裁判所ニ確信ヲ惹起サシムル
キ訴訟當事者又ハ裁判所ノ行爲ヲ云フ
以下之ヲ分析シテ説明セントス

(第一) 法律上ノ證明ハ法律上一定ノ形式ニ依ルモノナルコトヲ要ス

故ニ訴訟當事者ノ一方裁判所外ニ於テ竊ニ裁判官ニ事實ヲ報導シ裁判官之ニ

因テ確信ヲ生シタリトスルモ此當事者ノ行爲ハ以テ法律上ノ證明ナリト云フ
 コトヲ得ス何トナレハ法律上一定ノ形式ニ依リタルモノニアラザレハナリ又
 價額何圓以上ノ目的物ヲ有スル權利關係ハ之ヲ證スルニハ必ス證書ヲ以テセ
 サルヘカラストノ規定アルトキ人證ニ依リ裁判官ニ確信ヲ惹起サシメタリト
 スルモ之ヲ以テ法律上ノ證明ト云フコトヲ得ス何トナレハ是亦法律上一定ノ
 形式ニ依リタルモノニアラザレハナリ

(第二) 法律上ノ證明ハ裁判所ヲシテ確信ヲ惹起サシムヘキ當事者又ハ裁判所ノ
 行爲ナリ

裁判所ハ訴訟ヲ審理スルニ於テハ所謂不干渉主義ニ依ルモノナルヲ以テ常ニ
 受働的ノ地位ニ在ルモノナリ從テ其事實ヲ審査スルノ點ニ於テモ亦常ニ受働
 的ノ地位ニ立ツモノナリ換言スレハ事實決定ノ材料ヲ供スルモノハ主トシテ
 訴訟ノ當事者ニシテ裁判所ハ唯其材料ヲ審理シ之ニ依リテ決定ヲ與フルニ過
 キス故ニ裁判所ヲシテ確信ヲ惹起サシムル行爲即チ證明手續ハ常ニ訴訟當事
 者ノ行爲タルヲ以テ原則ト爲スト雖モ時ニ或ハ例外ノ場合ニ於テ裁判所自ラ

證明手續ヲ爲スコトナシトセス彼ノ裁判所カ職權ヲ以テ當事者ノ申立ヲ俟タ
 ス自ラ進テ臨檢ヲ爲ス場合ノ如キ即チ是ナリトス例ヘハ舊民法證據編第十條
 ノ規定ノ如キ明ニ證明手續ヲ裁判所カ行フコトアルヘキヲ定メタルモノナリ
 是玆ニ法律上ノ證明ハ訴訟當事者又ハ裁判所ノ行爲ナリト云フ所以ナリ
 以上述ヘタル所ハ甚タ明瞭ナル事項ニシテ敢テ喋々ヲ要セスト雖モ亦之ニ對
 シテ反對ノ意見ヲ有スル學者ナキニアラス有名ナル獨乙ノ博士フナイスレール
 氏ノ如キ即チ是レナリトス氏ハ其著證據法原論ニ於テ證據ノ働的主格ナル章
 ヲ置キ證明ノ主體ハ何人ニアルヤヲ論究セリ氏ハ證據ノ働的主格即チ證明ノ
 主格ハ當事者ノミニ存スルモノトシテ曰ク證明ノ主格ハ當事者ノミニ存スル
 モノナルコトハ證據ノ性質上當然生スルモノニシテ假令法律カ之ニ正面的反
 對ノ規定即チ例ヘハ法律カ裁判官ハ事實ノ審理ニ必要アリト認メタルトキハ
 職權ヲ以テ何時ト雖モ申立ヲ俟タス自ラ進テ證人ヲ呼出シ若クハ書證ノ提出
 ヲ命スルコトヲ得ルトスルノ規定ヲ設クル場合ニ遭遇スルコトアリト假定ス
 ルモ尙證明ノ主體ハ當事者ノミニ在リトノコトハ絶對的ニ主張スルコトヲ得

ルモノトス何トナレハ證明ハ其性質上當事者ノ行爲ニ屬スヘキモノナルカ故
 ニ法律カ若シ上述スル如キ規定ヲ設クルコトアルトキハ恰モ證據ノ作用ノ一
 部ヲ當事者ヨリ奪ヒ裁判官ノ職務上ノ行爲ト爲シタルモノニシテ當事者ノ證
 明作用ハ爲ニ縮少セラレ裁判官ノ事實審理權ハ爲ニ擴張セラレタルモノナリ
 從テ此瞬間ヨリ彼ノ人證書證等ハ全然證據方法タル性質ヲ失ヒ裁判官カ事實
 ナ檢按スルノ手段即チ檢按方法トナルモノトス其結果トシテ證明ノ作用ハ起
 ラスシテ唯裁判官ノ事實檢按ノ作用ノ生スルヲ見ルノミ故ニ假令前述ノ如キ
 規定アリトスルモ是亦證明ノ範圍ヲ縮少セシムルニ過キス證明ノ働的主格
 至テハ何等ノ變更ヲ受クルコトナク依然トシテ訴訟當事者ノミニ限ルヘキモ
 ノナリト要スルニ氏ノ說ハ下ノ數言ニ歸着スルモノ、如シ即チ凡ソ行爲ノ實
 積如何ヲ問ハズ總テ裁判所ノ行爲ハ檢按方法ナリ裁判所カ自ラ進テ證據ヲ蒐
 集スルカ如キ場合ニ於テハ其行爲ノ實積ハ假令證明手續ナルモ檢按方法ト名
 シヘキモノニシテ唯當事者カ證據ヲ提出スル場合ニ於テノミ證明ナル名ヲ附
 スヘキモノナリ故ニ證明ノ主格ハ當事者ノミニ限ルヘキモノナリト

斯ノ如ク證明ト證明ナラサルモノトチ分ツニ當リ其實積如何ヲ問ハズ一ニ其
 行爲ノ主格ヲ以テ區別ノ標準ト爲シ裁判所ノ行爲ハ證明ニアラス當事者ノ行
 爲ハ證明ナリトセハ證明ノ主格ハ當事者ノミニ限ルコト勿論ナリト雖モ是畢
 竟證明ナル語ニ普通ノ意味ト異ナリタル一種特別ノ意義ヲ附シタルニ因リテ
 生シタル結果タルニ過キササルモノトス然レトモ普通ノ用例ニ從ヘハ證明ナル
 語ハ裁判官ニ確信ヲ惹起サシムヘキ手續ナル意義ヲ有スルモノナルヲ以テ苟
 シモ其實積ニシテ證明ナラシカ其當事者ノ之ヲ行フト或ハ其裁判官自ラ之ヲ
 行フトヲ問ハズ總テ之ヲ證明ト稱スルヲ以テ最モ穩當ニシテ且最モ普通ノ用
 例ニ適合スルモノナリト信ス是レ余カ證明ノ主格ハ訴訟當事者ノミニ限ラス
 裁判官モ亦證明ノ主格タルコトアリト云フ所以ナリ

第二節 證明ノ責任

第一款 證明ノ責任ノ意義

證明ノ責任ナル語ニハ左ニ掲クル二種ノ意義アルモノトス

(第一) 證明ノ責任トハ一訴訟ニ於テ係爭事實ニ付裁判所ニ完全ナル確信ヲ惹起

證明ノ責任ノ意義

サシム可キ責任ナリ即チ反對當事者ガ提出スル總テノ反對證據ヲ排斥シテ自
己ノ主張スル事實ヲ終局マテ完全ニ證據立ツルノ責任ヲ云フ
(第二) 證明ノ責任トハ訴訟ノ格段ナル程度ニ於テ證據ヲ提出スル責任ナリ故ニ
係爭事實ヲ證明スル責任即裁判所チシテ完全ナル確信ヲ起サシムルノ責任ニ
アラス單ニ訴訟進行中自己ノ主張ヲ根據トシテ或證據ヲ提出スルノ責任ナリ
即チ第一ノ意義ニ於ケル證明ノ責任アル當事者ハ他ノ當事者ノ提出スル總テノ
反對證據ヲ排斥シテ自己ノ主張スル事實ノ眞實ナルコトヲ明カニスルノ責アル
モノトス例ヘハ甲者ヨリ乙者ニ對シテ貸金アリトシテ訴チ起シタリトセヨ此場
合ニ於テ金ヲ貸シタリトノ事實ヲ證明スルノ責任ハ甲者ニ任リ即チ總テ乙者ノ
提出スル反對證據ヲ排斥シテ結局裁判所チシテ自己ノ主張ヲ完全ニ確信セシム
ルノ責任アルモノトス之ニ反シテ第二ノ意義ニ於ケル證明ノ責任ハ即チ自己ノ
主張事實ヲ完全ニ證據立ルノ責任ニアラス只格段ナル程度ニ於テ證據ヲ提出ス
ヘキノ責任ナリ例ヘハ前例ニ於テ甲ナル原告貸金證書ヲ提出シタリトセハ未ダ
第一ノ意義ニ於ケル證明ノ責任即チ完全ニ證據立ツルノ責任ヲ盡シタルモノニ

三〇

アラスト雖モ證據ヲ提出スルノ責任ハ之ヲ盡シタリト云フヲ得ヘシ是ニ於テ原
告ハ證據ヲ提出スルノ責任ヲ盡シタルヲ以テ其責任ハ轉シテ被告ニ移ルモノト
ス故ニ被告ハ原告ノ證據ニ對スル反證ヲ提出シ以テ其貸金證書ノ證據力ヲ打破
セサルヘカテサルノ責任ヲ負フニ至ルヘシ之ヲ要スルニ第一ノ意義ニ於ケル證
明ノ責任ハ終局マテ完全ニ其主張事實ヲ證明スルノ責任ナリ之ニ反シテ第二ノ
意義ニ於ケル證明ノ責任ハ其主張事實ヲ完全ニ證明スルノ責任ヲ云フニアラス
唯タ一應ノ推定ヲ生スヘキ證據ヲ提出シ又ハ先方ノ提出シタル證據方法ヲ打破
スルニ足ルヘキ自己ノ證據ヲ提出スルノ責任ナリ從テ第一ノ意義ニ於ケル證明
ノ責任ハ終始一貫一方ノ當事者ノミニ存シ決シテ他ノ當事者ニ移轉スルコトナ
シト雖モ第二ノ意義ニ於ケル證明ノ責任ハ訴訟進行ノ模様ニ因リ一方ノ當事者
ヨリ他方ノ當事者ニ移轉スヘキモノナリトス
抑モ證明ノ責任ナル語ハ羅旬語「オナス、プロバンディー」(Onus probandi)ヨリ來リタ
ルモノニシテ英語ニ之チ「バーデン、チフ、プルー」(Burden of proof)ト云ヒ獨語ニ之
チ「ベワイ、ラスト」(Bewis Last)ト云ヒ佛語ニ之チ「シャルシド、プルー」(Charge de

prueve)ト云フモノナリ各國共ニ學者ニ依リ以上ノ二意義ニ用ケラル、者ニシテ一定シタル用例アルコトナシ余ハ本講義ニ於テハ混雜ヲ避クルカ爲メ第一ノ意義ニ於ケル證明ノ責任即チ自己ノ主張スル事實ヲ完全ニ證據立ツル責任ハ之ヲ證明ノ責任ト云ヒ第二ノ意義ニ於ケル證明ノ責任即チ證據ヲ提出スルノ責任ハ之ヲ呼ブニ舉證ノ責任ナル名稱ヲ以テセントス

第二款 證明責任ノ主格及ヒ舉證責任ノ主格

證明ノ責任ト舉證ノ責任トノ意義ハ前款ニ於テ之ヲ明ニシタリト信ス故ニ以下進テ證明責任ノ主格如何即チ如何ナル當事者ニ證明ノ責任アリヤ及ヒ舉證責任ノ主格如何即チ如何ナル當事者ニ舉證ノ責任アルヤヲ論セントス蓋シ證明ノ責任及ヒ舉證ノ責任ノ主格ニ關シテハ古來種々ナル學說アリテ證據法上最モ困難ナル問題ノ一ナリトス然リ而シテ證明ノ責任ハ訴訟ノ抗辯方法ト大ニ密接ノ關係ヲ有スル者ナルヲ以テ先ツ抗辯ノ方法ヲ明ニスルコトアラサレハ證明ノ責任ノ主格ニ關スル法理ハ之ヲ了解スルコト頗ル困難ナルヘシ故ニ今證明ノ責任及ヒ舉證ノ責任ノ主格ヲ論スルノ以前ニ於テ先ツ訴訟ノ抗辯方法ニ付テ概略ノ説明

證明責任
及ヒ舉證責任
ノ主格

ヲ與ヘントス

抑モ抗辯ノ方法ハ之ヲ大別シテ二トナスコトヲ得ヘシ

① 第一、訴訟要件ノ抗辯

第二、本案ノ抗辯

(第一) 訴訟要件ノ抗辯 訴訟要件ノ抗辯トハ毫モ本案ノ事實ニ付テ争ハス單ニ反對當事者ノ訴訟ハ其訴訟要件ニ於テ欠缺アルコトヲ抗辯スルモノヲ云フ即チ裁判所管轄違ノ抗辯又ハ訴訟能力欠缺ノ抗辯ノ如キ是ナリ民事訴訟法第二百六條ニ掲クル所ノ妨訴抗辯ノ如キ此種ノ抗辯中ノ最モ主要ナルモノトス

(第二) 本案ノ抗辯 本案ノ抗辯ハ之ヲ分テ三ト爲スコトヲ得ヘシ

(一) 事實非認ノ抗辯 (トラヴァース [Trauerse]) 事實非認ノ抗辯トハ反對當事者ノ主張スル事實ヲ非認スル抗辯ヲ云フ

(二) 法律上訴權ナシトノ抗辯 (デマラ [Denurere]) 法律上訴權ナシトノ抗辯トハ反對當事者ノ主張スル事實ハ之ヲ争ハス然レトモ反對當事者ノ主張スルカ如キ事實ハ法律上訴權ノ根據トナルモノニアラストスルノ抗辯ヲ云フ

證據法 證明ノ主格 證明ノ責任

(三) 新事實ヲ提出シテ爲ス抗辯「コンファエツション、エンド、アヴイダンス」(Confession and avoidance) 新事實ヲ提出シテ爲ス抗辯トハ反對當事者ノ主張スル事實ハ之ヲ争ハス又其事實ハ夫レ自身トシテハ訴權ノ根據ヲ成スモノタルコトヲ争ハス然レトモ實際上其訴權ノ根據ヲ消滅セシムルニ足ルヘキ他ノ新事實アルコトヲ主張スル所ノ抗辯ヲ云フ換言スレハ反對當事者ハ事實ノ全局ヲ表示シタルモノニアラストシ其反對當事者ノ表示セサリシ部分ノ新事實ヲ提出シテ爲ス所ノ抗辯ヲ云フ

今例ヲ舉ケテ之ヲ説明センコト例ハ余カ甲者ヨリ貸金ノ請求ヲ受ケタリトセシニ余ノ之ニ對スル抗辯ハ必ス左ノ三者ノ一ニ居ルヘシ

(一) 余ハ甲者ヨリ金ヲ借リタルコトナシ (事實否認ノ抗辯)

(二) 余ハ甲者ヨリ金ヲ借リタルモ金ヲ借リタルコトハ法律上責任ヲ生スヘキモノニアラス從テ甲者ニ訴權ヲ生セス (訴權ナシトノ抗辯)

(三) 余ハ甲者ヨリ金ヲ借リタルモ余ハ既ニ之ヲ辨濟セリ (新事實ヲ提出シテ爲ス抗辯)

又他ノ例ヲ探ランカ余カ甲者ヲ賭博者ナリト云ヘリトテ甲者ヨリ余ニ對シテ誹毀ノ訴ヲ起シタリトセン此訴ニ對スル余ノ抗辯ハ必ス左ノ三方法ノ一ニ居ラサルヘカラス

(一) 余ハ甲者ヲ賭博者ナリト云ヒタルコトナシ (事實否認ノ抗辯)

(二) 余ハ甲者ヲ賭博者ナリト云ヒタルハ事實ナルモ單ニ人ヲ賭博者ナリト云フカ如キハ法律上ノ誹毀ヲ構成スヘキモノニアラス從テ甲者ニ對シ訴權ヲ生スヘキモノニアラス (訴權ナシトノ抗辯)

(三) 余ハ實ニ甲者ヲ賭博者ナリト云ヘリ而シテ人ヲ賭博者ナリト呼ソコトハ法律上ノ誹毀ヲ構成スルモノナルヘシ然レトモ甲者ハ實際賭博者ナルカ故ニ賭博者ナリト云ヘルナリ (新事實ヲ提出シテ爲ス抗辯)

右三種ノ抗辯中被告若シ第一或ハ第二ノ抗辯方法ヲ採ランカ茲ニ直ニ訴訟ノ争點ヲ生スヘシ然レトモ被告若シ第三ノ抗辯方法ヲ採ランカ被告ハ原告ノ主張スル事實ヲ自白シ而シテ更ニ一ノ新事實ヲ主張シテ抗辯ヲ爲スモノナルカ故ニ更ニ之ニ對スル原告ノ再抗辯ヲ要ス而シテ原告若シ其再抗辯ヲ爲スニ於

テ第一或ハ第二ノ方法ニ據ラシカ茲ニ訴訟ノ争點ヲ生スヘシト雖モ若シ第三ノ方法ニ據ラシカ更ニ被告ノ再々抗辯ヲ要スヘシ斯ノ如ク被告原告互ニ其抗辯再抗辯再々抗辯ニ於テ第三方法ヲ採ル間ハ訴訟ノ争點ニ達スルコトナカルヘシ故ニ訴訟ノ争點ニ達スル迄即チ抗辯方法ノ終局ニ至ルマテニハ原被告兩造相互ニ種々ナル事實ヲ主張スヘシ換言スレハ一訴訟ニ於テ種々ナル事實カ問題トシテ顯ハレ來ルヘシ而シテ是等ノ事實カ如何ナル當事者ニ依テ證明セラレヘキカハ證明責任ハ問題ナリ余ハ此問題ニ對シテ左ノ如ク解答ヲ試ミントス

證明ノ責任ハ争ハレタル事實ヲ主張スル當事者ニ在リ
以下之ヲ説明ス可シ

(第一) 證明ノ責任ハ事實ヲ主張スル當事者ニ在リ

條理上ノ理由 ベスト氏カ云ヘル如ク凡ソ人ハ感覺ニ因リ直接ニ感知シタル事實又ハ論理ノ方法ニ依リ當然推理シ得ヘキ事實ノ外ハ其事實ノ證明アル迄ハ之ヲ信用セサルノ傾向アルモノトス故ニ裁判上一ノ事實ヲ主張スル當事者

カ裁判官チシテ其事實ヲ信用セシメント欲セハ必ス裁判官チシテ其事實ニ付キ確信ヲ惹起サシムルニ足ルヘキ證明手續ヲ盡サ、ルヘカラサルコト條理上當然ナルモノト云ハサルヲ得ス

便宜上ノ理由 證明ノ責任ハ事實ヲ主張スル當事者ニ在リトスルハ條理ノ上ニ於テ然ラサルヘカラサルノミナラス實際上ニ於テモ亦頗ル當テ得タルモノト云ハサルヲ得ス何トナレハ若シ證明ノ責任ハ事實ヲ主張スル者ニ存セス反テ事實ヲ否認スル者ニ存ストセンカ大ニ危険ナリト云ハサルヘラス例ヘハ原告甲者カ被告乙者ニ貸金アリトノ事實ヲ主張シタリトセンニ斯ル場合ニ於テ甲者ハ金ヲ貸シタリトノ事實ヲ證明スルノ責ニ任セス反テ乙者ニ其否認即チ金ヲ借リタルコトナシトノコトヲ證明スルノ責任ヲ負ハシムルトセンカ否認ノ證明ハ主張ノ證明ニ比シ頗ル困難ナルヲ以テ乙者ハ或ハ遂ニ證明シ能ハサルニ至ルコトアルヘシ果シテ然ラハ乙者ハ金ヲ借リタルコトナキニ拘ハラス其證明ヲ爲シ能ハサルカ爲メ已ムコトヲ得ス借ラサルノ金ヲ返サ、ルヘカラサルノ結果ヲ生スルコトナシトセス是レ即チ原告チシテ被告ノ困難ニ乘シ不

當ノ利得ヲ得セシムルモノニシテ其危険ナルコト敢テ辯テ俟ヌサルナリ
 又若シ證明ノ責任ハ否認スル者ニ在リトセシカ單ニ其結果ノ危険ナルノミナ
 ラス又濫訴ノ弊ヲ生スルノ恐アリト云ハサルヘカラス何トナレハ通常事實ヲ
 主張スルモノハ原告タリ即チ少クモ第一段ニ於テ事實ヲ主張スル者ハ必ス
 原告ナリ故ニ若シ事實ノ否認者即チ被告ニ證明ノ責任アリトセハ原告ハ其證
 明ノ困難ナルニ乘シテ主張事實ノ虛偽ナルニモ拘ハラズ僥倖ヲ期シテ濫リニ
 訴ヲ提起スルコトナシトセサレハナリ之ニ反シテ若シ證明ノ責任ハ事實ノ主
 張者ニ在リトセハ原告ハ充分ノ根據ナキニ濫リニ訴ヲ起スコトナガルヘク決
 シテ以上ノ如キ弊害ヲ生スルコトナカルヘシ是レ即チ證明ノ責任ハ事實ノ主
 張者ニ在リトスルコト實際上ニ於テモ亦當テ得タリトスル所以ナリ

(第二) 爭ハレタル事實ヲ主張スル當事者ニ在リ

余ハ證明ノ責任ハ爭ハレタル事實ヲ主張スル當事者ニ在リトスルモノナリ學
 者或ハ證明ノ責任ハ事實ヲ主張スルモノニアリト云フ者アリ然レトモ是レ稍
 明瞭ヲ缺クノ恐ナシトセス何トナレハ證明ノ責任若シ事實ヲ主張スル者ニ在

リトセシカ原告ノ事實ノ主張ニ對シ被告カ新事實ヲ提出シテ抗辯ヲ爲ス場合
 ニ於テハ原被兩造共ニ事實ヲ主張スル者ナルカ故ニ證明ノ責任ハ同時ニ原被
 兩造ニ在リト云ハサルヘカラサルニ至リ證明ノ責任ハ終局何レノ當事者ニ在
 リヤヲ定ムルコト能ハサルニ至ルヘシ例ヘハ原告ハ金ヲ貸シタリトノ事實ヲ
 主張シ被告ハ辨濟シタリトノ事實ヲ主張シタル場合ニ於テ若シ證明ノ責任カ
 事實ヲ主張スル當事者ニ在リトセハ原被兩造各其貸金及ヒ辨濟ヲ證明セサル
 ヘカラサルニ至ルヘク到底何レノ一方ニ證明ノ責任アリヤヲ決スルコト能ハ
 サルヘシ之ニ反シテ證明ノ責任ハ爭ハレタル事實ヲ主張スル當事者ニ在リト
 セハ能ク證明ノ責任ノ所在ヲ明ニスルコトヲ得ヘシ何トナレハ爭ハレタル事
 實ヲ主張スルモノハ原被兩造中必ス其一ニ居テサルヘカラス原被兩造共ニ爭
 ハレタル事實ヲ主張スルコトハ決シテ有リ得ヘカラサレハナリ蓋シ原被兩造
 ハ其主張抗辯再抗辯等ニ於テ互ニ數多ノ事實ヲ主張スルコトアルヘシト雖モ
 最終ニ主張セラレタル事實ノ外ハ皆爭ハレサルノ事實ナルヲ以テ爭ハレタル
 事實ヲ主張スル者ハ必ス最終ニ事實ヲ主張シタル當事者ノミニ限ルコト明カ

ナルヘケレハナリ即チ前例ノ場合ニ於テ原告ノ主張スル金ヲ貸シタリトシ事實ハ被告ノ争ハサル所ニシテ被告ノ主張スル辨濟ナル事實ハ原告ノ争フ所ナルヲ以テ(原告ノ事實ヲ認メ再抗)此場合ニ於テハ争ハレタル事實ヲ主張スル者ハ被告ナリ故ニ證明ノ責任ハ被告ニ在リト云フヲ得ヘク明カニ證明ノ責任何レノ當事者ニ在ルヤヲ決セルコトヲ得ヘシ是余カ或學者ノ如ク證明ノ責任ハ事實ヲ主張スル當事者ニ在リト云ハスシテ特ニ争ハレタル事實ヲ主張スル當事者ニ證明ノ責任アリト云フ所以ナリ

以上論述スル所ニ依リ證明ノ責任ハ争ハレタル事實ヲ主張スル當事者ニ在ルノ理由明カナルヘシト信ス而シテ此原則タルヤ早ク既ニ羅馬法ニ於テ認メテレタル所ニシテ羅馬法ニ於テハ證明ノ責任ニ關シ實ニ左ノ三個ノ格言アリタリ

第一、原告ハ證明ノ責任ヲ負擔ス

第二、被告ハ抗辯ニ於テ原告タリ

第三、證明ノ責任ハ論告スル者ニ在リテ否認スル者ニ存セス

此等ノ格言ニ就キ先ツ注意スヘキハ右三個ノ格言中第一及ヒ第二ノ格言ハ夫レ

自身獨立シテ完全ナル格言ヲ成スモノニアラス二者相俟テ始メテ完全ナル一原則ヲ構成スルモノタルコト是ナリ抑モ第一格言タル證明ノ責任ハ原告ニ在リト云フニアレトモ是唯普通ノ場合ヲ示シタルニ止マルノミ何トナレハ前ニモ屢述ヘタルカ如ク證明ノ責任ハ常ニ原告ニ存スルモノニ限ラス被告ト雖モ抗辯ニ於テ事實ヲ主張スル場合ニ於テハ證明ノ責任ヲ負擔スヘク證明ノ責任ハ原被ノ位地如何ニ因リテ其有無ヲ判定スルコト能ハサルヘケレハナリ故ニ第一ノ格言ハ夫レ自身獨立シテ完全ナル格言ト云フヲ得ス故ニ第二ノ格言ヲ以テ第一格言ノ不完全ヲ補充セントスルモノナリ即チ第二ノ格言タル抗辯ニ於テハ被告人原告タリト云フニアリテ一見甚ダ奇怪ナルカ如シト雖モ其意蓋シ被告カ若シ抗辯ヲ爲ス場合ニ於テハ(茲ニ抗辯ト云フハ狭義ノ抗辯ヲ云フ即チ前ニ)被告カ反テ證明ノ責任ヲ負擔セサルヘテサルコトヲ謂フモノタルニ外ナラス故ニ右ノ二格言ヲ總合シタル結果ハ余カ前ニ掲ケタル證明ノ責任ハ争ハレタル事實ヲ主張スルモノニアリトノ原則ト毫モ軒輊セサルナリ次ニ第三ノ格言ハ以上ノ二格言ヨリ自然ニ湧出スルモノニシテ亦實ニ正當ナル格言タルヲ失ハサルナリ茲ニ論告ト

云フハ事實ヲ斷言スルノ義ニシテ原告タルト被告タルトヲ問ハズ一事實ヲ主張スル者ハ皆論告ヲ爲ス者ナリ又否認スル者ト云フハ消極的事實ノ主張ヲ爲ス者ト云フ意義ニアラズ單ニ相手方ノ主張ニ對シテ否ラスト答フル者ノ謂ヒナリ故ニ第三格言ハ第一及ヒ第二ノ格言ヲ綜合シタルモノト全ク同一意義ニシテ要スルニ余ノ前ニ述ヘタル證明ノ責任ハ爭ハレタル事實ヲ主張スルモノニアリトノ原則ト毫モ異ル所ナキモノトス

デルンブルヒノ「パンデクテン」中證明ノ責任ナル章ニ曰ク原告ハ其訴權ヲ成立セシムル所ノ事實ヲ被告カ之ヲ爭フ限リハ證明スルヲ要ス被告ハ被告ノ主張シ而シテ原告カ爭フ所ノ抗辯ノ事實ヲ證明スルヲ要ス原告ハ又再抗辯ヲ證明シ被告ハ再々抗辯ヲ證明スルヲ要スト蓋シ茲ニ抗辯ト云フハ狹義ニ於ケル抗辯(Exceptio)即チ新事實ヲ提出シテ爲ス抗辯ノミナ意味スルモノトス是亦余カ前ニ掲ケタル原則ト全ク同一意義ナルモノトス

前ニモ述ヘタル如ク證明ノ責任ハ證據法中最モ重要ナル問題ニシテ從テ之ニ關スル學說亦紛カラズ左ニ其重要ナルモノ二三ヲ舉ケテ之レヲ論評セントス

第一、證明ノ責任ハ原告ニ在リトノ說

此說ハ前述セル羅馬ノ第一格言ヲ獨立セシメ以テ證明ノ責任ヲ判定スル原則ト爲サントスルモノニシテ到底不完全ノ說タルヲ免レズ蓋シ證明ノ責任ハ必ずシモ原告ニ存スルモノニ限ラズ被告カ原告ノ主張スル事實ヲ承認シ而モ新ナル事實ヲ主張シテ抗辯ヲ爲シタルトキハ被告モ亦證明ノ責任ヲ負擔スルヤ前ニ述ヘンカ如ク故ニ證明ノ責任ハ原告ニ在リト云フハ到底總般ノ場合ヲ網羅スルコト能ハズ此說ヲ主張スルモノハ抗辯ノ場合ニ於テハ被告カ原告ニ變ズルモノナリト説明シ以テ其說ノ缺點ヲ補ハントセリ然レトモ被告ハ訴訟ニ於テ被告タルモノナルカ故ニ抗辯ヲ爲ス場合ト雖モ尙ホ被告タルニ相違ナキナリ畢竟此說カ抗辯ニ於テハ被告ハ原告ニ變ズト云フカ如キ牽強附會ノ説明ヲ爲ス所以ノモノ蓋シ證明ノ責任者ハ必シモ原告ニ限ルモノニアラス被告モ亦證明ノ責任ヲ有スルコトアルヘシ證明ノ責任ハ到底原被ノ地位如何ニ依リテ其有無ヲ判定スルコト能ハサルニ由ラズンハアテス亦以テ此說ノ不完全ナルヲ見ルニ足ル可シ

第二、證明ノ責任ハ積極的事實ヲ主張スル者ニ在リトノ説

此學說ハ二個ノ謬見ヨリ胚胎シタルモノナリ即チ羅馬法ノ第三格言タル證明ノ責任ハ論告スル者ニ在リテ否認スル者ニ無シトノ意義ヲ誤解セルト又消極的事實ハ決シテ證明シ得ヘカラサルモノナリトノ誤リタル思想ニ基キタルモノナリトス元來羅馬法ノ第三格言ニ所謂論告スル者トハ事實ヲ主張スル者ノ謂ニシテ否認スル者トハ反對當事者ノ主張シタル事實ニ對シテ否ラスト答フル者ノ謂ナリ故ニ論告トハ事實ヲ主張スルコトニシテ積極的事實ヲ主張スルト消極的事實ヲ主張スルトナ問ハサルナリ又否認トハ單ニ反對當事者ノ主張スル事實ヲ打消スモノタルニ過キスシテ自ラ進テ何等ノ事實ヲモ主張セサルノ謂ナリ然ルニ後世ノ學者誤テ論告トハ積極的事實ヲ主張スルノ謂ニシテ否認トハ消極的事實ヲ主張スルノ意味ナリトシ羅馬法ノ格言タル證明ノ責任ハ論告スル者ニ在リテ否認スル者ニ無シトノ意味ヲ誤解シ終ニ證明ノ責任ハ積極的事實ヲ主張スル者ニ在リトノ説ヲ爲スニ至レルナリ次ニ又消極的事實ハ決シテ證明スルコトヲ得ストノ思想ハ誤謬ノ甚シキモノト云ハサルヲ得ス此説

ヲ爲ス者ハ曰フ凡ソ證明トハ事實ノ形跡ヲ明確ナラシムルノ謂ナリ故ニ形跡ヲ存留スル事實即チ積極的事實ハ之ヲ證明スルコトヲ得ヘシト雖モ形跡ヲ存留セサル事實即チ消極的事實ニ至テハ到底之ヲ證明スルニ由ナシ故ニ證明ノ責任ハ常ニ積極的事實ヲ主張スル者ニ在リト云ハサルヘカラスト然レトモ消極的事實ハ決シテ證明シ得ヘカラサルモノニアラス唯其證明或ハ困難ナルコトアルヘキノミ例ヘハ某月某日甲者ハ自宅ニ在ラサリシト云フカ如キ一定ノ時及ヒ場所ニ關スル事實ナルトキハ其事實ハ消極的ナリト雖モ尙ホ同月同日同所ニ居合セタル人ノ證言ニ依リテ甲ノ不在ヲ證據立ツルコトヲ得ヘシ又斯ノ如ク直接ニ證據立ツルコト能ハサル場合ニ於テモ尙ホ間接ニ證明スルコトヲ得サルニアラス即チ余ハ甲者ヨリ金ヲ借りタルコトナシトノ消極的事實ヲ證明セントセハ甲ト余トハ平素互ニ相容レス加之甲者ハ甚タ貧賤ニシテ余ハ甚タ富貴ナルコト等ノ證據ヲ提出シ以テ間接ニ之ヲ證明スルコトヲ得ヘシ故ニ消極的事實ハ積極的事實ニ比シテ其證明ノ方法多少困難ナルヘシト雖モ而モ到底證明シ得ヘカラサルモノニアラサルヤ明カナリ又法律ニ於テハ現ニ消

極的事實ヲ證明セザルニトモ規定シタルハ往々ニ於テ見ル所ナリ例ヘハ失
踪ノ宣言ヲ得ント欲スル者ハ失踪者ヨリ音信無キコトヲ證明セサルヘカラス
又不當辨濟ノ回收ヲ爲サント欲スル者ハ其債務無カリシコトヲ證明セサルヘ
カラサルカ如キ是ナリ之ヲ要スルニ證明ノ責任ハ積極的事實ヲ主張スル者ニ
在リトノ説ハ以上講述セル所ノ二個ノ謬見ニ胚胎シタルモノニシテ近世學者
ノ一般ニ排斥スル所ナリトス

第三、證明ノ責任ハ若シ證明ヲ爲サレハ敗訴スヘキ者ニ在リトノ説

此説ハ讀テ字ノ如ク證明ノ責任ノ意義ヲ解釋シタルモノニ過キス故ニ敢テ誤
レリト云フニアラサルモ之ヲ以テ證明ノ責任ノ所在ヲ明ニシタルモノト云フ
ヲ得ス抑モ證明ノ責任ナル語ノ意味ハ證明ヲ爲サレハ敗訴スルト云フコト
ニ外ナラス而シテ今證明ノ責任ノ所在如何ノ問ニ對シ此説ノ如ク證明ノ責任
ハ若シ證明ヲ爲サレハ敗訴スヘキ者ニ在リト云ハ、是レ問ヲ以テ問ニ答フ
ルモノタルニ過キス毫モ證明ノ責任者ヲ明ニシタルモノト云フヲ得ズ蓋シ證
明ノ責任ハ原因ニシテ敗訴ハ結果タリ裁判官ハ先ツ一定ノ原則ニ依リ證明ノ

責任アル者ヲ知り其責任アル者ニシテ之ヲ盡サハルトキニ於テ始メテ敗訴ヲ
言ヒ渡スヘキモノニシテ豫メ他ノ標準ニ依リ敗訴スヘキ當事者ノ何人ナルヤ
ヲ定メ而シテ後其當事者ニ證明ノ責任ヲ負ハシムルモノニアラサルナリ果シ
テ然ラハ證明ノ責任ハ敗訴スヘキ當事者ニ在リト云フカ如キハ原因ト結果ト
ヲ轉倒シタルモノニシテ遂ニ何等ノ意味ヲモナサ、ルモノト云ハサルヲ得ス
是レ此説ノ證明責任ノ所在ヲ定ムル原則トシテ採用スヘカラサル所以ナリ
第四、證明ノ責任ハ尋常普通ノ狀態ニ反スル事實ヲ主張スル當事者ニ在リトノ
説

此説ハ佛國學者ノ唱道スル所ナリ然レトモ此説ニ於テ所謂普通ノ狀態ニ反ス
ル事實トハ如何ナルモノヲ意味スルヤヲ知ルコアラサレハ此説ノ意義ヲ明ニ
スルヲ得サルヘシ故ニ左ニ佛國學者ノ說明ヲ掲ケ茲ニ所謂普通ノ狀態ニ反ス
ル事實ナルモノ、意義ヲ明ニシ以テ此説ノ當否ヲ論斷セントス佛國學者ハ例
ヲ舉ケテ論シテ曰ク金錢貸借ノ關係ハ普通ノ狀態ニアラス故ニ貸金ナル事實
ヲ主張スル者ハ之ヲ證明セサルヘカラスト然レトモ貸借關係ハ今日普通ニ存

在スル法律上ノ行爲ニシテ殆ソト何人ト雖モ貸借關係ヲ有セサルモノナシト
 斷定スルモ敢テ過言ニアラサルヘシ決シテ金錢貸借ヲ以テ異常ノモノナリト
 云フヲ得サルヘシ蓋シ貸金ノ返還ヲ請求スル者カ貸金ナル事實ヲ證明セサル
 ヘカラサル所以ノモノハ其事實カ普通ノ状態ニ反スル者ナルカ故ニアラス
 テ其證明ヲ要スルハ一ノ事實ヲ主張ナルヲ以テナリ佛國學者ハ又曰ク貸借關
 係カ一旦成立シタル以上ハ其關係永久存在スルヲ以テ普通ノ状態トス故ニ辨
 濟ニ依テ債務消滅シタリト主張スルモノハ之ヲ證明セサルヘカラスト然レト
 モ貸借ニハ通常返濟期限ノ定メアリ而シテ其期限ニ於テ實際返濟セラルハコ
 ト蓋シ普通ノ状態ニシテ決シテ辨濟ヲ以テ異常ナリト云フヲ得ス然ルニ辨濟
 ハ之ヲ證明セサルヘカラサル所以ノ者ハ是又一ノ事實ヲ主張スルモノナルカ
 故ニシテ敢テ辨濟カ尋常普通ノ状態ニ反スルモノナルカ故ニアラサルナリ佛
 國學者ハ又他ノ例ヲ引テ曰ク土地ノ占有者ニ對シテ自己ノ所有權ヲ主張スル
 者ハ之ヲ證明セサルヘカラスト何トナレハ占有者ハ所有權ヲコトシ普通ノ有
 様ナルヲ以テ占有者ヲ以テ所有者ニアラスシテ却テ自己カ所有者ナリト主張

スルモノハ普通ノ状態ニ反スル事實ヲ主張スルモノナレハナリト然レトモ實
 際上占有者ノ所有者ニアラサルコト必スモ異常ナリト云フヲ得ス現ニ英國
 ノ如キハ地主ハ多クハ自カラ土地ヲ占有スルモノニアラス占有者ト所有者ト
 其人ヲ異ニスルヲ以テ寧ロ普通ノ状態ナリトス唯夫レ占有者ヲ以テ一應所有
 者ト推定スルハ善意ノ第三者ヲ保護センカ爲メニ設ケラレタル法律上ノ推定
 ニ過キス是故ニ占有者ニ對シテ所有權ヲ主張スルモノハ之ヲ證明スルヲ要スル
 ハ單ニ一ノ事實ヲ主張スルモノナルカ故ニシテ其事實カ普通ノ状態ニ反スル
 カ故ニアラサルナリ斯ノ如ク論シ來ルトキハ此說ニ所謂普通ノ状態ニ反スル
 事實トハ實際ニ於テハ毫モ普通ノ状態ニ反スルモノニアラサルナリ此說ヲ主
 張スル者ハ各國實際ノ法制上現ニ證明ヲ要スヘキ事項ヲ説明スルニ當リ強テ
 普通ノ状態ニ反スル事實ヲ主張スルモノハ之ヲ證明スルヲ要スト云フカ如キ
 ノ原則ヲ掲ケ實際ハ普通ノ状態ナルモノヲ強テ普通ノ状態ニ反スルモノトシ
 敢テ此說ヲ維持セントスルモノナリ然レトモ斯ノ如キ牽強附會ナル説明ヲ試
 ムルヨリハ寧ロ單純ニ證明ノ責任ハ事實ヲ主張スル者ニ在リト云フノ簡且明

ニシテ能ク實際ニ適合スルモノタルニ如カサルナリ故ニ此説モ亦證明ノ責任ノ所在ヲ定ムルノ原則トシテ採用スベカラサルモノナリトス

第五、證明ノ責任ハ最も容易ニ證明シ得ヘキ者ニ在リトノ説

此説ハ實利主義ノ主唱者ナルベンサム氏ノ主張スル立法論ナリトス氏ハ曰ク裁判上ノ行爲ハ迅速ヲ要ス故ニ主トシテ便宜ノ方法ニ依ルコトヲ要ス是故ニ證明ノ責任ノ所在ヲ定ムルモ亦同一ニ便宜ヲ以テ標準トナサ、ルヘカラス即チ證明ノ責任ハ常ニ最少ノ不便換言スレハ最少ノ手數費用及ヒ苦痛ヲ以テ之ヲ爲シ得ヘキ當事者ニ在リトスルヲ以テ當然ナリトスト然レトモ此説ハ單ニ證明ノ責任ハ容易ニ證明ヲ爲スコトヲ得ヘキモノニ存スト云ヒテ當事者ノ執レカ證明ヲ爲スニ便益ナル地位ヲ有スルモノナルヤニ付キ之ヲ決定スルノ方法ヲ指示セサルヲ以テ實際上豫メ孰レノ當事者ノ證明最も容易ナルヤヲ知ルコト能ハサルヘク從テ此説ノ當否ハ別問題トスルモ到底一ノ空論タルヲ免レサルヘシト信ス

以上説述スル所ニ依リ證明ノ責任ハ何人ニ存スルヤヲ明ニシタリト信ス即チ證

明ノ責任ハ何レノ場合タルヲ問ハズ爭ハレタル事實ヲ主張スル當事者ニ在リト云フヲ得ヘシ而シテ此原則ハ如何ナル事情ノ下ニ於テモ例外ヲ見出スコト能ハサルヘシ證明ノ責任ハ法律上ノ推定アル場合ニ於テ其所在ヲ轉ストノ説ヲナス者アレトモ是レ畢竟證明ノ責任ト舉證ノ責任トヲ混同スルヨリ生スル謬見ナリト謂ハサルヲ得ス舉證ノ責任ハ訴訟ノ進行中一方ヨリ他方ニ移轉スヘキモノナリト雖モ證明ノ責任即チ總テ反對證據ヲ排斥シ自己ノ主張スル事實ヲ終局マテ完全ニ證據立ツルノ責任ハ如何ナル場合ニ於テモ常ニ一事實ヲ主張スル當事者ニ在リテ終始動カサルモノトス事ハ次ニ舉證ノ責任ノ主格ニ就テ説述スル所ト對照セハ明ナルヲ得ヘシ

舉證ノ責任カ如何ナル當事者ニ在リヤニ關シテハ前ニ證明ノ責任ニ就テ掲ケタル第三説ト同シク若シ證據ヲ提出セサレハ敗訴スヘキ當事者ニ在リトノ説ヲ爲ス者頗ル多シ就中英米ノ學者概シ皆此説ヲ採ル例ハハベスト氏ノ如キハ之ヲ定義シテ

舉證ノ責任ハ若シ一モ證據ヲ提出セス又ハ更ニ多クノ證據ヲ提出セサレハ敗

訴スヘキ當事者ニ在リ

トシ又ステイブソン氏ハ其著證據法第九十五條ニ於テ舉證ノ責任ニ關シテ左ノ説ヲ爲セリ曰ク

一ノ訴訟ニ於ケル舉證ノ責任ハ若シ何レノ當事者ヨリモ證據ヲ提出セサルトキハ裁判所ノ判決ニ依テ敗訴ノ言渡ヲ受クルニ至ルヘキ當事者ニ在リ而シテ當初舉證ノ責任ヲ負擔セシ當事者ニ於テ自己ノ利益トナルヘキ推測ヲ生セシムル所ノ事實ヲ證明スルトキハ舉證ノ責任ハ更ニ他ノ當事者ニ移轉スヘシト然レトモ此等ノ説クル前ニ證明ノ責任ニ就テ掲ケタル第三ノ學說ガ證明責任ノ所在ヲ定ムルコト能ハサルト同シク毫モ舉證責任ノ所在ヲ明ニシタルモノト云フヲ得ス蓋シ此説ノ如ク舉證ノ責任ハ若シ證據ヲ提出セサレハ敗訴スヘキ當事者ニ在リト云フハ是レ唯問ヲ以テ問ニ答ヘタルモノニ過キス裁判官ハ一定ノ標準ニ依リ舉證ノ責任者ヲ知り而シテ其責任者ニシテ舉證ノ責ヲ盡サ、ルトキニ於テ始メテ敗訴ヲ言渡スヘキモノニシテ豫メ訴訟ノ敗訴者ヲ知り其敗訴者ニ證明ノ責任ヲ負擔セシムルモノニアラサルナリ舉證ノ責任ハ原因タリ敗訴ハ結

果タリ果シテ然ラハ舉證ノ責任ハ敗訴スヘキ當事者ニ在リト云フカ如キハ全ク原因ト結果トヲ顛倒シタルモノニシテ其當ヲ得サルモノタルコト敢テ言フ俟タサルヘシ

余ハ舉證ノ責任ノ主體ニ關シテハ左ノ如ク論斷スルヲ以テ最モ當ヲ得タルモノナリト信ス舉證ノ責任ハ事實ヲ主張スル當事者ニ在リトス但其事實ヲ主張スル當事者ニ對シ利益ナル推定アルトキ又ハ推定ヲ生シタルトキハ其推定ノ存續スル限り舉證ノ責任ハ他ノ當事者ニ移轉スヘシ

左ニ之ヲ分析説明セントス
(第一) 舉證ノ責任ハ事實ヲ主張スル當事者ニ在リ
凡ソ證明ハ證據ノ方法ニ依ルモノナルカ故ニ證明ノ責任ハ當然舉證ノ責任ヲ包含スルモノト云ハサルヘラス從テ證明ノ責任ヲ有スル當事者ハ亦舉證ノ責任ヲ有スルモノト云ハサルヲ得ス而シテ事實ヲ主張スル當事者ハ證明ノ責任ヲ負擔スルコト前ニ述ヘタルカ如シ然ラハ則チ舉證ノ責任ハ事實ヲ主張スル當事者ニ存スルコト敢テ言フ俟タサルヘシ

(第二) 然レトモ事實ヲ主張スル當事者ニ對シ利益ナル推定アルトキ又ハ推定ヲ生シタルトキハ舉證ノ責任ハ更ニ他ノ當事者ニ移轉スヘシ
 舉證ノ責任ハ當然證明ノ責任中ニ包含スルモノナルコト前ニ述ヘタルカ如シ然レトモ舉證ノ責任ハ證明ノ責任ト同一物ニアラス證明ノ責任トハ訴訟ノ終局ニテ總テ反對證據ヲ排斥シテ終始一貫完全ニ證據立テ終ルル責任ナリ之ニ反シテ舉證ノ責任トハ主張事實ヲ證明スル責任ニアラス唯訴訟ノ格段ナル程度ニ於テ證據ヲ提出スルノ責任ナリ換言スレハ裁判官ニ一應ノ確信ヲ惹起サシムル責任ナリ故ニ自己ニ對シテ利益ナル推測ヲ惹起サシメタルトキハ舉證ノ責任ハ之レヲ盡シ得タルモノト云フヘシ是舉證ノ責任ハ事實ヲ主張スル當事者ニ在リト雖モ若シ其當事者ニ對シテ利益ナル推定アルトキ又ハ利益ナル推定ヲ生シタルトキハ其責任ハ茲ニ反對當事者即チ事實ヲ否認者ニ移轉スヘキモノトスル所以ナリ茲ニ利益ナル推定アルトキト云フハ法律カ推定ヲ設ケタル場合ヲ云フ例ヘハ占有者ハ所有者ト推定スト云フカ如キ規定アル場合ニ於テハ占有ナル事實ヨリ法律カ所有權ヲ推定スルカ故ニ所有者ナリトハ事實

ヲ主張スル當事者ハ其占有者ナルコトヲ證シ得タルトキハ舉證ノ責任ハ轉シテ反對當事者ニ移轉スルモノトス又利益ナル推定ヲ生シタルトキト云フハ所謂事實上ノ推定ニシテ事實ヲ主張スル當事者カ自己ノ主張事實ニ付キ一應裁判官ノ心證ヲ得ル程度迄證據立テタル場合ヲ云フモノナリ即チ自己ノ舉證ノ責任ハ既ニ之ヲ盡シタルヲ以テ亦舉證ノ責任ハ轉シテ反對ノ當事者ニ移轉スヘキモノトス是レ事實ヲ主張スル當事者ニ對シ利益ナル推定アルトキ又ハ利益ナル推定ヲ生シタルトキハ舉證ノ責任ハ更ニ他ノ當事者ニ移轉スヘシト云フ所以ナリ

(第三) 但實事ヲ主張スル當事者ニ對スル利益ナル推定ノ效果ニ依リ反對當事者ニ舉證ノ責任ノ移轉スルハ其推定ノ存續スル間ニ限ルモノトス
 前ニ述ヘタル如ク若シ事實ヲ主張スル當事者ニ對シ利益ナル推定アルトキハ舉證責任ハ反對當事者ニ移轉スヘシト雖モ然レトモ其責任ノ移轉スルハ其推定ノ存續スル間ニ限ルモノトス換言セハ其推定カ反證ヲ以テ打破セラレサル間ニ限ルモノナリ一タヒ反證ヲ以テ打破セラレ、トキハ舉證ノ責任ハ事實ノ

主張者ニ復歸スヘキモノトス即チ前例ニ於テ占有者ハ所有者ナリトノ推定ノ
 效果ニ依リ舉證ノ責任ハ事實否認者ニ移轉スト雖モ若シ事實否認者ニシテ其
 占有ハ所有者トシテノ占有ニ非ス賃借人トシテノ占有ナリトノ證據ヲ提出セ
 ハ茲ニ推定ハ打破セラルヘキヲ以テ舉證ノ責任ハ更ニ事實主張者ニ復歸スヘ
 ク事實主張者ハ更ニ其所有者ナルコトノ證據ヲ提出セサルヘカラサルニ至ル
 ヘシ又貸金アリトノ事實ヲ主張スル當事者ニシテ貸金ノ證書ヲ提出シ以テ事
 實上ノ推定ヲ生セシメタルトキハ舉證ノ責任ハ茲ニ事實否認者ニ移轉スヘシ
 ト雖モ若シ事實否認者ニシテ其貸金證書ハ偽造ナルコトノ證據ヲ舉ケ其推定
 ナ打破セハ舉證ノ責任ハ茲ニ事實主張者ニ復歸スヘキモノトス是レ事實主張
 者ニ對スル利益ナル推定ノ效果ニ依リ反對當事者ニ舉證ノ責任ヲ移轉スルハ
 其推定ノ存續スル間ニ限ルモノトスル所以ナリ
 要スルニ舉證ノ責任モ亦證明ノ責任ト同シク事實ヲ主張スル當事者ニ存在シ唯
 推定ノ效果ニ依テ反對當事者ニ移轉スヘキモノナリ學者或ハ證明ノ責任ハ推定
 ニ依テ移轉ストナスモノアレトモ是レ證明ノ責任ト舉證ノ責任トノ區別ヲ混同

五六

17
 18
 19
 20
 21
 22
 23
 24
 25
 26
 27
 28
 29
 30
 31
 32
 33
 34
 35
 36
 37
 38
 39
 40
 41
 42
 43
 44
 45
 46
 47
 48
 49
 50
 51
 52
 53
 54
 55
 56
 57
 58
 59
 60
 61
 62
 63
 64
 65
 66
 67
 68
 69
 70
 71
 72
 73
 74
 75
 76
 77
 78
 79
 80
 81
 82
 83
 84
 85
 86
 87
 88
 89
 90
 91
 92
 93
 94
 95
 96
 97
 98
 99
 100

スルヨリ生スル謬見ト云ハサルヲ得ス前ニ述ヘタル如ク舉證ノ責任ハ訴訟ノ格
 段ナル程度ニ於テ一應ノ推定ヲ生セシムルノ責任ナルカ故ニ法律上又ハ事實上
 ノ推定ノ效果ニ依テ一方ヨリ他方ニ移轉スヘキモノナリト雖モ證明ノ責任即チ
 反對當事者ノ反證ヲ排斥シテ終局迄完全ニ證明スルノ責任ハ決シテ一方ヨリ他
 方ニ移轉スヘキ性質ノモノニアラス事實ノ主張者ニ對シ如何ナル利益ナル推定
 アル場合ニ於テモ證明ノ責任ハ依然トシテ終始一貫事實ノ主張者ニ存在スルモ
 ノト云ハサルヲ得ス推定ハ唯タ一時舉證ヲ免カレシムルノ效果アルコト止マルノ
 ミ但事實ノ主張者ニ對シ利益ナル推定ニシテ反證ヲ許サ、ルモノ即チ所謂絶對
 的推定ナルトキハ事實主張者ハ證明ノ責任ヲ免ル、コト勿論ナリト雖モ此場合
 ニ於ケルモ尚ホ證明ノ責任ハ反對當事者ニ移轉スルモノニアラス何トナレハ絶
 對的ノ推定ニ對シテハ反證其者ヲ許サ、ルカ故ニ此場合ニ於テ反對當事者ニ證
 明ノ責任ヲ生スヘキ筈ナレハナリ之ヲ要スルニ推定ハ唯舉證ノ責任ヲ移轉ス
 ルニ過キス如何ナル場合ニ於テモ決シテ證明ノ責任ヲ移轉スヘキモノニアラサ
 ルナリ

證據法 證明ノ主格 證明ノ責任

17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

舉證ノ責任ニ關スル原則ハ以上説述シ來リタルカ如シ然ルニ獨逸ニ於テハ此原則ニ對シ二三ノ例外ヲ設ケタリ蓋シ此原則ヲ無制限ニ適用スルトキハ或場合ニ於テ舉證者ニ對シ甚タ酷ニ失スルノ恐アルヘキヲ以テ同國判決例ハ條理及ヒ實際ノ便宜ヲ斟酌シ左ノ例外ヲ設ケタリ

(第一) 通常ノ原則ニ依ル舉證ノ責任者カ他ノ當事者ノ行爲ニ因リ其舉證ヲ困難ニセラレ又ハ不能ニセラレタルトキ

斯ノ如キ場合ニ於テハ通常ノ原則ニ依ル舉證責任者ハ其責任ヲ免カレ他ノ當事者ニ於テ之ヲ負擔セサルヘカラサルモノトナレハ一方ノ當事者カ舉證責任者ノ使用ヲ妨クル目的ヲ以テ故意ニ證書ヲ破毀シ又ハ隱匿シタルカ如キ場合ニ於テハ舉證ノ責任ハ轉シテ其妨害ヲ爲シタル當事者ニ移ルヘキモノトス蓋シ此例外ハ舉證ノ責任推定ニ依リテ移轉スルモノナリトノ原則ノ適用ニ過キサルモノニシテ最モ能ク條理ニ適合シタルモノト云ハサルヲ得ス何トナレハ一方ノ當事者カ他ノ當事者ノ舉證ヲ妨害スル所以ノモノハ蓋シ元來自己ノ主張スル事實ハ不眞實ナルヲ以テ若シ反對當事者ノ舉證ヲ困難ニシ以テ其眞

相ノ露顯ヲ妨害スルニアラサレハ到底自己ノ勝訴ヲ期スルコト能ハサルニ由ラスハアラサス若シ自己ノ主張ニシテ眞實ナランカ何チ若テ反對當事者ノ證據ヲ湮滅スルノ必要アランヤ然ラハ則チ舉證ヲ妨害シタル當事者ノ主張ハ不眞實ニシテ元來舉證ノ責任ヲ有スル當事者(即チ舉證ヲ妨害セ)ノ主張ハ眞實ナリトノ一應ノ推定ヲ生スヘキコト條理上當然ノコト、云ハサルヲ得サレハナリ此推定ノ效果ニ依リ舉證ノ責任ハ通常ノ責任者ヨリ轉シテ舉證ヲ妨害シタル反對當事者ニ移ルモノナリトス我民事訴訟法第三百四十一條ニ於テ證書ノミニ付テ略ホ是レト同一ノ規則ヲ掲ケタルモノ亦此推定ノ效果ニ依リ舉證ノ責任ヲ移轉セシムルノ趣旨ニ外ナラス

(第二) 通常ノ原則ニ依ル舉證ノ責任ヲ有スル當事者ヨリハ其反對當事者ニ於テ甚ク容易ニ提出シ得ヘキトキ

此場合ニ於テハ通常ノ原則ニ依ル責任者ハ其責任ヲ免レ其容易ニ舉證シ得ヘキ當事者ヲシテ舉證ノ責任ヲ負擔セシムルモノトス獨國判決例ガ此例外ヲ認メタル所以ノモノ蓋シ舉證ノ責任ハ事實ヲ主張スル當事者ニ存スルキモノナ

リト雖モ若シ或事實ニシテ元來舉證ノ責任ヲ有スル當事者ヨリハ他方ノ當事者ニ於テ甚タ能ク之ヲ知了スヘク從テ甚タ容易ニ舉證シ得ヘキ性質ノモノナルトキハ寧ロ通常ノ原則ヲ墨守シ徒ニ舉證ノ責任者ヲシテ困難ヲ感セシムルヨリハ其甚タ容易ニ舉證シ得ヘキ當事者ヲシテ立證セシムルノ簡且便ナルニ如カサルナリトノ理由ニ出テタルニ外ナラス今一二ノ事例ヲ舉テ之ヲ説明セシムルニ於テ人アリ遺產ノ占有者ニ對シ訴訟ヲ提起シ其遺產ノ狀況ヲ證明セサルヘカラサル場合ニ於テハ他人ノ占有物ニ付キ立證スルモノニシテ其人ニ取リテ舉證頗ル困難ナルヘシト雖モ遺產占有者ニ取リテハ極メテ容易ノ業ナリト云ハサルヲ得ス故ニ斯ノ如キ場合ニ於テハ元來舉證ノ責任ヲ有スル當事者ハ其責任ヲ免カレ其甚タ容易ニ舉證シ得ヘキ遺產占有者却テ立證ノ責ヲ負擔セサルヘカラサルモノトス又例ヘハ免許ヲ得スシテ狩獵ヲ行ヒタルモノアリシ場合ニ於テハ之カ求刑ヲ爲スモノハ通常ノ原則ニ從ヘハ被告人ノ狩獵ヲ爲シタルコト及ヒ免狀ヲキコトヲ證明セサルヘカラス然レトモ求刑者ニ取リテハ被告人免狀ヲ有ストノ事實ハ之ヲ證明スルコト最大難事ニ屬スト雖モ之ニ反

シテ被告人ニ取リテハ免狀ヲ提出シテ之ヲ有スルコトヲ證明スルハ誠ニ易々タルノミ故ニ斯ル場合ニ於テハ便宜ノ爲メ舉證ノ責任ヲ轉シ却テ事實ヲ否認スル當事者ヲシテ之ヲ負擔セシムルモノトス要スルニ此例外ノ規定ハ條理上當然ニ生スヘキモノニアラスト雖モ亦頗ル便宜ニ適シ裁判所ノ行爲ヲ迅速ナラシムル趣旨ニ於テ最モ有用ナル制限ト云ハサルヲ得ス

(第三) 通常ノ原則ニ依ル舉證ノ責任者カ絕對的消極事實ニ付キ立證セサルヘカラサルトキ

此場合ニ於テハ通常ノ舉證責任者ハ其責任ヲ免カレ反對當事者却テ其責任ヲ負擔スルモノトス抑モ消極的事實ハ之ヲ分テ二種トナスコトヲ得ヘシ即チ其事實自體ハ消極的ナリト雖モ或積極的事實ニ基因スルモノアリ例ヘハ意思ナシトノ事實ハ消極的ナリト雖モ一ノ幼者ナル積極的事實ニ基因スルモノナルカ如キ場合はレナリ或ハ全ク何等積極的事實ニ基因セス根本ヨリ消極的ナルモノアリ例ヘハ借家人カ家賃ヲ支拂ハサル場合ニ於テ貸家主ヨリ明渡請求ノ訴訟ヲ提起シタル場合ニ於テ原告ハ家賃ヲ支拂ナキコトヲ證明セザレヘカラ

ス此家賃支拂ナシトノ實事ノ如キハ一ノ消極的事實ニシテ而モ何等ノ積極的事實ニ基カス根本ヨリ消極的ナルモノナリ茲ニ絕對的消極事實ト云フハ此第二ノ場合ヲ云フモノナリ斯ノ如キ絕對的消極事實ハ之ニ付キ立證スルニト頗ル困難ニシテ殆ト不能ノコトナリ是ヲ以テ通常ノ原則ニ例外ヲ設ケ元來舉證ノ責任ヲ有スル當事者ト雖モ絕對的消極事實ヲ主張スル場合ニ於テハ其責任ヲ免レ反對當事者却テ其責任ヲ負フモノトス前例ニ於ケル貸主ハ其家賃ノ支拂ナキコトヲ立證スルヲ要セス借主ニ於テ却テ其家賃ヲ支拂ヒタルコトヲ立證スヘキカ如キ是レナリ是レ敢テ條理上當然ノ理由アルモノニアラスト雖モ亦頗ル便宜ノ方法ニシテ裁判所ノ行爲ヲ迅速ニラシムルニ點ニ於テ大ニ效アルモノト云フヘシ

上來論述シタル所ヲ以テ舉證ノ責任ノ何人ニ存スルヤヲ明ニシタリト信ス即チ舉證ノ責任ハ事實ヲ主張スル當事者ニ存シ唯推定ノ效果ニ因リ當事者交互ニ移轉スヘキモノトス故ニ推定ナルモノハ實ニ舉證ノ責任ヲ移轉スルノ效果アルモノトス蓋シ學者ノ

推定ヲ論シ又法典ノ之ヲ規定スルモノ證據法中其場所ヲ一定セス或ハ推定ヲ以テ證據ノ一種トナズモノアリ舊民法證據編ノ如キ是ナリトス又或學者ハ推定ヲ以テ證明ヲ要セサル一ノ場合トシテ之ヲ論スルモノアリ然レトモ余ハ總テ是等ノ規定及ヒ學說ヲ以テ當テ得タルモノニアラスト信ス何トナレハ後ニモ述フルカ如ク推定ハ一ノ事實ヨリ他ノ事實ヲ推測スルモノニシテ決シテ證據ト稱スヘキモノニアラスト又前ニモ屢述ヘタル如ク推定ハ決シテ證明ノ責任ヲ解除スルモノニアラサルカ故ニ之ヲ以テ證明ヲ要セサル一ノ場合トナスコトヲ得サレハナリ要スルニ推定ナルモノハ舉證ノ責任ヲ移轉スルヲ以テ唯一ノ效果ト爲スモノナルカ故ニ今舉證ノ責任ヲ終ルニ臨ミ之ニ附屬シテ推定ノコトヲ論スルヲ以テ最モ適當ナリト信ス是レ余カ次款ニ於テ推定ヲ論スル所以ナリ

第三款 推定

抑モ證據法上ニ於ケル推定ノ效果タル單ニ舉證ノ責任ヲ移轉スルノ一アルニ過キテ從テ證據法ニ於テ推定ニ關シテ論スヘキモノハ舉證責任移轉ノ原則アルノミ法律カ如何ナル推定ヲ爲スカチ一々列記シ之ヲ説明スルカ如キハ主法ノ問題

ニシテ證據法ハ干與スル所ニアラサルナリ故ニ以下推定ニ關シテ說述セントスル所ノモノハ英國學者ノ著書ニ於ケルカ如ク法律カ實際ニ規定セル推定ノ場合ヲ掲ケ一々ニ之ヲ論セントスルモノニアラス唯其證據法上ニ於ケル效果ヲ説明スルニ付キ必要ナル限度ニ於テ其性質ヲ畧述セントスルモノナリ

第一、推定ノ意義

(一) 般ニ推定トハ既知ノ事實ヨリ未知ノ事實ヲ推測スル結果ヲ云フ蓋シ推測トハ多少ノ疑ヲ存スルノ義ナリ換言スレハ一應或ハ假リニ定ムトノ意義ヲ有スルモノナリ故ニ推定ナルモノハ確定不動ノモノニアラスシテ單ニ一應ノ推定ニ過キス從テ常ニ反證ヲ以テ之ヲ動カスコトヲ得ヘキモノナラサルヘカラス後ニ論述スヘキカ如ク學者或ハ反證ヲ許サ、ルノ推定即チ所謂絕對的推定ナルモノヲ認ムルモノアリト雖モ此所謂絕對的推定ナルモノハ元來推定其モノニアラスシテ所謂斷定ト稱スヘキモノニ外ナラス絕對的ナル語ト推定ナル語トハ共ニ調和兩立スルヲ得サルノ觀念ナリ推定ト云フトキハ其文字自身ニ於テ既ニ反證ヲ許スヘキコトヲ包含スルモノナリ故ニ新民法ニ於テモ此用例ニ

從ヒ推定ト云フトキハ必ス之ニ對シテ反證ヲ舉ゲ得ヘキ場合ノミヲ示シ反證ヲ舉ケテ之ヲ動カスコトヲ得サル斷定ノ場合ニハ總テ之ヲ看做スト記シ明ニ之ヲ推定ノ場合ト區別セリ(推定ハ第一條、第二條、第三條、第四條、第五條、第六條、第七條、第八條、第九條、第十條、第十一條、第十二條、第十三條、第十四條、第十五條、第十六條、第十七條、第十八條、第十九條、第二十條、第二十一條、第二十二條、第二十三條、第二十四條、第二十五條、第二十六條、第二十七條、第二十八條、第二十九條、第三十條、第三十一條、第三十二條、第三十三條、第三十四條、第三十五條、第三十六條、第三十七條、第三十八條、第三十九條、第四十條、第四十一條、第四十二條、第四十三條、第四十四條、第四十五條、第四十六條、第四十七條、第四十八條、第四十九條、第五十條、第五十一條、第五十二條、第五十三條、第五十四條、第五十五條、第五十六條、第五十七條、第五十八條、第五十九條、第六十條、第六十一條、第六十二條、第六十三條、第六十四條、第六十五條、第六十六條、第六十七條、第六十八條、第六十九條、第七十條、第七十一條、第七十二條、第七十三條、第七十四條、第七十五條、第七十六條、第七十七條、第七十八條、第七十九條、第八十條、第八十一條、第八十二條、第八十三條、第八十四條、第八十五條、第八十六條、第八十七條、第八十八條、第八十九條、第九十條、第九十一條、第九十二條、第九十三條、第九十四條、第九十五條、第九十六條、第九十七條、第九十八條、第九十九條、第一百條)

第二、推定ノ種類

推定ヲ分テ二種トナス

(甲) 事實上ノ推定

(乙) 法律上ノ推定

(甲) 事實上ノ推定
推定ヲ分テ事實上ノ推定及ヒ法律上ノ推定ノ二トナスコトハ羅馬法以來ノ慣例ナリ而シテ學者カ此事實上ノ推定ニ關シテ説明スル所ヲ見ルニ曰ク事實上ノ推定トハ裁判官カ自己ノ自由ナル推理作用ニ由リ既知ノ事實ヨリ未知ノ事實ニ關シテ爲ス推測ノ結果ナリト所謂事實上ノ推定ニシテ果シテ斯ノ如キモノナランカ事實上ノ推定ハ毫モ證據法ニ關係ナ有セサルモノト云

證據法 證明ノ主格 證明ノ責任

ハサルヲ得ス換言スレハ證據法中事實上ノ推定ニ關シテハ何等ノ規定存ス
 へキ筈ナキナリ以下請フ其理由ヲ述へン抑モ裁判上ノ事實決定ノ方法ハ其
 根本ニ於テ通常吾人カ事實ヲ決定スルノ方法ト異ルコトナク吾人普通ノ心
 理作用ニ由ルモノタルニ外ナラス唯或必要ニ由リ證據法ナル器械的法規ヲ
 設ケテ之ニ制限ヲ附スルノミ換言スレハ證據法トハ一般普通ノ心理作用ニ
 由ル眞實發見ノ方法ニ對スル器械的制限ノ法規ナリ然ルニ所謂事實上ノ推
 定ハ全ク裁判官ノ心理作用ニ放任スルノ結果ナリトセハ是即チ證據法ニ由
 テ制限ヲ受ケサルノ部分ナリ換言スレハ證據法ノ干與セサル所即チ事實上
 ノ推定タルニ外ナラス從テ證據法中事實上ノ推定ニ關シ何等ノ規定ノ存ス
 へキ理由ナキナリ是ヲ以テ之ヲ觀ルニ事實上ノ推定ハ全ク證據法ノ問題ニ
 アラサルヤ明ナルヘシ蓋シ舊民法證據編第一部第三章第二節ニ於テ事實上
 ノ推定ナル標題ヲ設ケ又ハ佛民法第三卷第六章第三節第二款ニ法律ニ於テ
 定メサル推定ナル標題ヲ掲ケタルノ例アリト雖モ是等ノ規定ハ蓋シ證明ノ
 責任ニ關スル例外ノ規則ヲ設ケタルモノニ外ナラス(後ニ詳説スヘシ)決シテ其標題

ノ示ス如ク事實上ノ推定ニ關スル規則ニアラサルナリ之ヲ要スルニ推定ヲ
 分テ事實上ノ推定及ヒ法律上ノ推定ノ二種ニ區別スルコト能ハサルニア
 スト雖モ事實上ノ推定ハ讀テ字ノ如ク全ク事實ノ問題ニシテ毫モ法律ニ關
 係ナキモノタルコトヲ注意セサルヘラス

乙 法律上ノ推定

法律上ノ推定トハ一定ノ事實アルトキハ他ノ一定ノ事實ヲ一應假定スヘキ
 コトヲ裁判官ニ命スル法律ノ規則ヲ云フ但茲ニ注意スヘキハ法律上ノ推定
 モ亦其實質ニ至テハ事實上ノ推定ト同シク事實ノ推定ナルコト是ナリ換言
 スレハ法律上ノ推定トハ法律ノ命スル事實ノ推定ナリ法律ノ推定ハ事實ノ
 推定ニアラスト誤解スヘカテサルコト是ナリ抑モ法律カ斯ノ如キ法律上ノ
 推定ナルモノヲ設ケ事實ノ關係ヲ豫定シ裁判官ノ自由推理ヲ制限スルハ前
 ニ述ヘタルガ如ク眞實發見ノ上ニ於テ必ス不便ヲ生シ不都合ヲ來スコトア
 ルヘシト雖モ證據法ノ目的ノ一タル裁判所ノ行爲ヲ迅速ナラシムルノ點ニ
 於テ亦必要ナリト云ハサルヲ得ス

一、法律上ノ推定ノ效力 法律上ノ推定ハ法律カ一定ノ事實アルトキハ必
 ス他ノ一定ノ事實アリト一應假定スヘキコトヲ裁判官ニ命スルモノナリ
 故ニ裁判官ハ法規ニ拘束セラレ必ス其命スル推定ニ從ヒ一應事實ヲ決定
 セサルヲ得ス換言スレハ反證ノ舉ケラレサル限りハ必ス其推定通りニ事
 實ヲ決定スルヲ要スルナリ故ニ之ヲ當事者ノ側面ヨリ云フトキハ當事者
 ハ推定ノ效力ニ因テ舉證ノ責任ヲ免除セラル、モノナリ前ニ推定ノ效力
 ハ舉證ノ責任ヲ移轉スルニアリト云ヘルハ此故ニ外ナラサルナリ但茲ニ
 注意スヘキハ推定カ舉證ノ責任ヲ免除ストノコトニ付誤解セサルヲ要ス
 ルコト是ナリ佛學者ノ或者ハ說ヲナシテ曰ク凡ソ推定ノ利益ヲ得ント欲
 スル者ハ何等ノ事ヲモ證明スルノ責任ヲシト是レ強テ佛民法千三百五十
 二條ノ文字ニ拘泥シタル曲解ニシテ佛民法ノ解釋トシテ既ニ其當ヲ失ス
 ルノミナラス一般法理上ニ於テモ亦決シテ採用スヘカラサルノ說ナリ蓋
 シ推定ノ利益ヲ受クルモノハ證明ヲナスヲ要セストハ其當事者ノ既ニ法
 律上推定ヲ受クヘキ地位ニ在ルモノナルコトヲ假定シタルモノナリ故ニ

推定ノ利益ヲ受ケント欲スル者ハ其推定ヲ受クヘキ地位ニ在ルコトハ之
 ナ證明スルヲ要スルヤ言テ俟タサルナリ例ヘハ占有者ハ所有ノ意思ヲ以
 テ善意平穩且ツ公然ニ占有ヲナスモノト推定ス(新民法第百八十六條)トノ法律上ノ
 推定アル場合ニ於テ其推定ノ利益ヲ受ケントスル當事者ハ自己カ占有者
 タルノ事實ハ常ニ必ス之ヲ證明スルノ責任アリ唯其占有者タルノ事實明
 カナル場合ニ於テ其善意ナルコト平穩ナルコト且ツ公然ナルコトニ付キ
 舉證ノ責任ヲ免除セラル、ニ過サルナリ

又法律上ノ推定ハ裁判官ノ自由推理ニ由ル推定即チ所謂事實上ノ推定ト
 異リ法律ノ規定其者ナルヲ以テ法律ノ定メタル事實カ具備スルニ拘ラス
 法律ノ命スル推定ニ從ハサルトキハ是即チ法律ノ規定ニ違背セル裁判ナ
 ルカ故ニ上告ニ於テ破毀ノ理由トナルヘキモノトス

二、法律上ノ推定ノ種類 法律上ノ推定ヲ分テ絶對的推定及ヒ單純推定ノ
 二種ニ區別スルコト羅馬法以來ノ慣例ナリ所謂絶對的推定トハ反證ヲ許
 サ、ルノ推定ヲ云ヒ單純推定トハ反證ヲ許スノ推定ヲ云フモノナリ然レ

トモ推定ナルモノハ必ス反證ヲ許スヘキモノニシテ絶對的推定ナルモノハ既ニ文字夫レ自身ニ於テ矛盾スルモノナルコト前ニ述ヘタルカ如シ蓋シ之ヲ絶對的推定ト呼フト否トナ問ハス法律カ全ク反證ヲ許サズ絶對的ニ斷定ナドスコトアルハ疑ヲ容レサルノ事實ナリ然レトモ此等ノ斷定ハ一ノ事實ト他ノ事實ト法律上ノ效果全ク相同シキコトヲ定メタルモノニシテ即チ直接ニ權利義務ヲ規定スルモノナリ從テ此等ノ斷定ハ純然タル主法ノ規則ニシテ證據法ニ於テ論スヘキ問題ニアラサルナリ例ヘハ新民法第十九條ニ於テ確答ノ催告ヲ受ケタル無能力者カ一定ノ期間内ニ確答ヲ發セサルトキハ之ヲ追認ト看做スト云フカ如キハ即チ確答ヲ發セサルコトハ追認ト同様ノ權義ヲ發生スヘキコトヲ定メタルニ外ナラス又同第二十四條ニ於テ或場合ニ於テハ假住所ヲ住所ト看做スト云フカ如キ是レ法律カ假住所ト住所ト其效果全ク相均シキコトヲ定メタルモノニ外ナラサルナリ

之ヲ要スルニ推定ヲ分テ事實上ノ推定及ヒ法律上ノ推定トナシ更ニ法律上ノ

推定ヲ分テ絶對的推定及ヒ單純推定トナスコト古來學者ノ定説ナリト雖モ此數種ノ推定中證據法ニ於テ論スヘキモノハ唯々法律上ノ單純推定ノ一ニ過キス蓋シ事實上ノ推定ハ裁判官ノ自由推理ノ結果ニシテ法律ノ範圍以外ニアリ又法律上ノ推定中所謂絶對的推定ナルモノハ純然タル主法ノ規則ニシテ證據法ノ干與スル所ニアラサルコト前ニ述ヘタル如クナレハナリ

第四款 證明責任及ヒ舉證責任ノ效果

證明ノ責任及ヒ舉證責任ノ效果ハ上來説述シタル所ヲ以テ既ニ明ナリ即チ若シ證明ノ責任アル者之ヲ盡ストキハ勝訴スヘク之ヲ盡サハルトキハ敗訴スヘシ又舉證ノ責任アル者之ヲ盡シタルトキハ其責任ハ反對當事者ニ移轉スヘク若シ之ヲ盡サハルトキハ敗訴スヘキモノトス證明ノ責任及ヒ舉證ノ責任ハ以上ノ效果アルニ過キス然ルニ茲ニ證明及ヒ舉證責任ノ效果ニ付特ニ述フル所アラントスルモノハ上ニ述ヘタル一般ノ效果ニ對シ或場合ニ於テ例外ヲ生スルコトアルヲ以テナリ換言スレハ其效果カ絶對的ニ貫徹セラレサル場合アレハナリ而シテ其例外ハ左ノ二個ノ場合ニ於テ之ヲ見ル

證明責任及ヒ舉證責任ノ效果

(甲) 證據法中或場合ニ於テ裁判官ニ一般ノ事情ヨリ推究シテ事實ヲ決定スルコトヲ許スノ規定アル場合

事實ヲ決定スルハ證明ヲ俟ツヲ要ス證明トハ證據ナル法定材料ヲ以テ爲スモノナリ故ニ裁判官カ事實ヲ決定スルニ當リテハ必ズ證據即チ法律ノ定メタル一定ノ材料ニ依ルヲ要スルコト證據法上ノ原則ナリ然レトモ我舊民法及ヒ佛國民法ニ於ケル證據法規ノ如ク證據ノ種類ヲ限定シ又一々器械的ニ其證據力ヲ定メタル場合ニ於テ徹頭徹尾以上ノ原則ヲ貫カントスルトキハ縱令裁判官カ明ニ一ノ事實ノ眞實ナルコトヲ認メ毫モ疑ヲ容ルヘキ餘地ナキ場合ニ於テモ器械的法規ノ結果之ニ相當スル證據ヲ見出スコト能ハサルカ爲メ當事者ノ主張ノ明ニ眞實ナルコトヲ認メ得ルニ拘ラス尙ホ且敗訴ヲ言渡サ、ルヘカラサル場合ナシトヒス故ニ器械的主義ノ證據法ニ於テハ勞ヒ以上ノ如キ場合ニ處スル便宜方法ノ設アルヲ要ス是ニ於テカ我舊民法證據編第八十八條及ヒ佛國民法第千三百五十三條ハ或場合ニ於テハ一ノ事實ヲ決定スヘキ法定材料ナキトキト雖モ裁判官ヲシテ一般ノ事情ヨリ裁判ヲナスコトヲ許スノ規定ヲ設

ケタリ此規定ニ器械的法規ノ附ニ失スルヲ防キ公平ヲ得ルノ便宜ニ適スヘシト雖モ一方ニ於テハ明ニ證明責任ノ原則ニ牴觸シ全ク其效果ヲ打破スルモノト云ハサルヲ得ス何トナレハ此規定アルカ爲メ或場合ニ於テハ證明又ハ舉證ノ責任アル者之ヲ盡サ、ルニ拘ラス裁判官ハ一般ノ事情ヨリ其當事者ニ勝訴ヲ言渡スコトヲ得ヘキヲ以テナリ是レ余カ證據法中斯ノ如キ規定ノ存在スル場合ヲ以テ證明及ヒ舉證ノ責任ニ對スル一例外トナシタル所以ナリ余カ前ニ推定ヲ説クニ當リ事實上ノ推定ナル標題ヲ掲ケタル我舊證據編第八十八條ノ規定ハ證明及ヒ舉證ノ責任ニ關スル規則ナリト云ヒタルモ亦是故ニ外ナラサルナリ以上ノ便宜規定ハ器械的主義ノ證據法ニ於テ唯之ヲ必要トス故ニ英國ノ如ク證據ノ種類ヲ限定セス又其效力ハ一ニ之ヲ陪審官ノ自由推理ニ放任スルノ證據法ニ於テハ斯ノ如キ規定ノ必要ヲ見ス蓋シ英國證據法ニ於テハ宣誓ノ上ニ爲シタル供述ナルトキハ當事者ノ陳述ヲモ尙ホ證據トナスカ故ニ如何ナル場合ニ於テモ裁判官并ニ陪審官ヲシテ證據ナキニ苦マシムルカ如キコト殆ント之ナク從テ裁判官ヲシテ證據ニ依ラス一般ノ事情ヨリ事實ヲ決定セシ

ムルカ如キ便宜法ノ必要アルコトナシ是故ニ英國證據法ニ於テハ證明及ヒ舉
證責任ノ效果ハ完全ニ行ハレ以上ノ如キ例外ヲ見サルナリ

(乙) 刑事ノ場合

刑事ノ場合ニ於テハ證明及ヒ舉證責任ノ原則ニハ全ク其適用ヲ見サルモノト
ス何トナレハ刑事ノ場合ニ在リテハ裁判官ハ當事者ノ證明ヲ俟タズ自ラ進
テ自由ニ事實ノ真相ヲ發見スヘキモノニシテ民事ノ場合ニ於ケルカ如ク當事
者ノ主張ニシテ證明セラレサルモノハ不眞實ト看做スト云フカ如キ器械的法
規ニ拘束セラレハコトアラサレハナリ故ニ刑事ノ場合ニ在リテハ事實ヲ主張
スル原告官ニシテ證明ノ責任ヲ盡サハルトキト雖モ裁判官ハ必スシモ被告ヲ
無罪トナスヘキニアテズ自ラ進テ之ヲ有罪ト認ムルコトヲ得ヘク又事實ヲ
主張スル被告ニシテ證明ノ責任ヲ盡サハルトキト雖モ亦必スシモ有罪ト決ス
ヘキニアラサルナリ故ニ總テ刑事ニ在リテハ證明及ヒ舉證ノ責任ハ全ク其適
用ヲ見ス是レ刑事ノ場合ヲ以テ第二ノ例外トナシタル所以ナリ

證明ノ目
的物

第三章 證明ノ目的物

總論

第一節 總論

上來説述シタル所ニ依リ證明ノ主體ノ何物タルコト即チ何人カ證明スヘキヤノ
問題ハ之ヲ終レリ故ニ是ヨリ進テ證明ノ目的物即チ如何ナル物ヲ證明スヘキ
ヤヲ論セントス證明ノ目的物トハ何ソヤ曰ク

證明ノ目的物ハ爭點ニ關係アル未定ノ係爭事實ナリ

第一、證明ノ目的物ハ事實タリ

茲ニ事實ト云フハ法律現象以外ノ一切ノ現象ヲ云フモノナリ蓋シ法律ハ裁判
官カ職務上當然ニ知ルヘキモノニシテ其存在及ヒ解釋ニ付證明ヲ俟ツヘキモ
ノニアラサルヲ以テ法律ハ證明ノ目的トラス證明ノ目的トナルモノハ總テ法
律現象以外ノ現象タルヘキナリ我民事訴訟法第二百十九條ニ於テ外國ノ現
行法ハ之ヲ證明スヘシト云フカ如キ立法者ノ意蓋シ外國ノ現行法モ亦法律ナリ
ト雖モ例外トシテ證明ヲ要スルコトヲ規定シタルニ外ナラサルナリ故ニ一般
法律現象ノ證明ノ目的物ニアラサルコトヲ見ルニ足ルヘシ

第二、證明ノ目的物ハ未定ノ事實タリ

證據法 證明ノ目的物 總論

未定ノ事實ノミ證明ヲ要ス確定ノ事實ハ證明ノ目的物ニアラサルナリ蓋シ證明トハ裁判官ヲシテ或事實ニ付キ確信ヲ惹起サシムルノ手續ナルヲ以テ疑ヲ容ルハノ餘地ナキ明白ノ事實ニ付テハ特ニ此手續ヲ採ルノ必要アラサルヘケレハナリ法律上所謂顯著ナル事實ノ證明ヲ要セサルモ亦是故ニ外ナラス

第三、證明ノ目的物ハ係爭事實タリ

疑アル未定ノ事實ナリト雖モ當事者ノ爭ハサル事實ハ之ヲ證明スルヲ要セサルナリ蓋シ民事訴訟法ハ事皆私益ニ關スルヲ以テ主トシテ不干涉主義ニ依ルモノナルカ故ニ當事者ノ相互ニ一致セル事實ニ付テハ裁判官ハ自ラ進ントテ其眞實ヲ發見スルノ必要ナク一ニ之ヲ當事者ノ意思ニ放任スルモノナリ故ニ爭ハレサル事實ハ證明ヲ要セス係爭事實ニシテ始メテ證明ヲ要スルナリ所謂自白アリタル事實ノ證明ヲ要セサルモ亦是故ナリ

第四、證明ノ目的物ハ爭點ニ關係アル事實タリ

證明ノ目的ハ爭點ニ關係アル事實ニ限ルコト英國證據法ニ於テ嚴格ニ適用セラル、一大原則タリ諸國ノ證據法中此規則ヲ掲ケサルモノアリト雖モ是レ證

據法々理當然ノ結果ニシテ敢テ言ヲ俟タサレハナリ何トナレハ前ニモ述ヘタルカ如ク證據法ノ目的ハ時日費用並ニ手數ヲ節略シ可及的速ニ裁判ノ最終目的タル判決ヲ與ヘントスルニアルモノニシテ從テ係爭事實ニ何等ノ關係ヲモ有セサル事實ヲ證明スルカ如キハ證據法ノ目的上斷シテ許スヘキモノニアラサレハナリ

第二節 證明ヲ要セサル事實

前ニ述ヘタルカ如ク事實ハ證明ヲ要スルコト一般ノ原則ナリ然レトモ總テノ事實ハ悉ク證明ヲ要スルニアラス或事實ハ證明ヲ要セサルモノアリ本節ニ於テハ此證明ヲ要セサルノ事實ニ就テ說述セントス

第一款 顯著ナル事實

我民事訴訟法第二百十八條ニ曰ク裁判所ニ於テ顯著ナル事實ハ證明ヲ要セスト獨逸ニ於テモ亦其民事訴訟法第二百六十四條ヲ以テ裁判所ニ於テ顯著ナル事實ハ之ヲ證明スルヲ要セサルコトヲ規定シタリ英國法ニ於テハ之ヲ裁判所ノ認定(Judicial notice)ト稱シ證據法中之ニ關スル詳細ナル規則アリ又佛國ニ於テハ民事ニ

證明ヲ要セサル事實

顯著ナル事實

證據法 證明目的物 證明ヲ要セサル事實

關シ明文ナシト雖モ其學說ニ於テ一定セリ斯ノ如ク諸國ニ於テ皆顯著ナル事實
 ハ證明ヲ要セストスル所以ノモ蓋シ顯著ナル事實トハ讀テ字ノ如ク公然知ラ
 レタル事實ナルカ故ニ特ニ之ニ關シ裁判官ニ確信ヲ惹起サシムルノ手續ヲ採ル
 必要存セサレハナリ我民事訴訟法ニ於テ所謂顯著ナル事實トハ如何ナル事實ナ
 云フヘキカ條文ノ明ニ之ヲ限示セルモノナキカ故ニ一ノ事實カ顯著ナル事實ノ
 範圍ニ屬スヘキヤ否ヤハ一ニ裁判所ノ認定ニ任スルノ外ナシ然レトモ顯著ナル
 文字ノ解釋上彼ノ官報公報ニ記載セラレタル事實ノ如キ或ハ全國又ハ世界普通
 ノ事實ノ如キハ當然其範圍ニ屬スヘキモノト云ハサルヲ得ス但全國普通ノ慣習
 殊ニ世界普通ノ事實即チ歷史上又ハ學術上ノ事實ノ如キハ裁判官皆常ニ之ヲ知
 レリト云フヘカラス故ニ實際或ハ其智識ノ足ラサルカ爲ニ多少ノ取調ヲ要スル
 モノ若クハ時ニ鑑定人ノ鑑定ヲ要スルコトナシトセス然レトモ是等ノ取調若ク
 ハ鑑定ヲ要スルカ爲メニ其事實ノ顯著ナルコトヲ失ハサルモノトス何トナレハ
 裁判所ニ於テ顯著ナル事實トハ裁判官ノ實際知リタル事實ノ意義ニアラスシテ
 其事實ノ公然ニシテ性質上裁判官カ知ラサルヘカラスアルモノ、謂方レハナリ

英國ニ於テ顯著ナル事實ノ範圍ハ判決例ニ於テ略ホ一定セリ我民事訴訟法第二
 百十八條ヲ適用スルニ於テ參考トナルヘキモノアルヲ以テ左ニ之ヲ掲ケントス

- (第一) 國旗
- (第二) 締盟獨立國ノ君主ノ名
- (第三) 裁判所ノ印章
- (第四) 公證人ノ設置セラル、場所ニ於テハ公證人ノ印章
- (第五) 大英國領地境界
- (第六) 裁判所ノ管轄區域
- (第七) 普通ノ英語ノ意義
- (第八) 學理上自明ノ事項
- (第九) 時間

第二款 裁判上ノ自白アリタル事實

余ハ裁判上ノ自白ヲ以テ證明ヲ要セサル場合ノ一トシテ論セントスルモノナリ
 學者或ハ裁判上ノ自白ヲ以テ證據ノ一種トナスモノアリ例ヘハ多數ノ佛國學者

裁判上ノ
 自白アリ
 タル事實

證據法 證明目的物 證明ヲ要セサル事實

ノ如キ又英國學者中ボウエル氏又ハバースト氏等ノ如キ是ナリ法典ニ於テモ亦裁判上ノ自白ヲ以テ證據ニ一種トシテ規定スルモノナキニアラス例ヘハ我舊民法證據編ノ如キ是ナリ然レトモ裁判上ノ自白ヲ以テ證據ノ一種トナスハ頗ル其性質ニ反スルモノ、如シ何トナレハ裁判上ノ自白トハ一方ノ當事者ノ事實上ノ主張ヲ他方ノ當事者異議ナク之ヲ認メタル場合ヲ云フモノニシテ此場合ニ於テハ裁判官ハ其確信如何ニ拘ラス全然自白ニ從ヒ事實ヲ決定スヘク之ヲ詳言スレハ裁判官ハ其自白アリタル事實ハ縱令之ヲ不眞實ト思惟スル場合ト雖モ尙ホ且其自白通り事實ノ決定ヲ與フルヲ要スルコトハ證據法上ノ原則ナレハナリ蓋シ民事裁判ハ主トシテ人民ノ私益ニ關スルモノナルヲ以テ所謂不干涉主義ニ依リ人民ノ爭ハサル事實ニ付テハ裁判所敢テ之ニ干涉シ自ラ進テ其事實ノ眞否ヲ決スルノ必要ナキヲ以テナリ自白ノ性質以上ノ如クナリトセハ自白ハ證據ト全ク其性質ヲ異ニスルコト敢テ多言ヲ要セサルヘシ蓋シ證據ハ裁判官ニ確信ヲ惹起サシムヘキ推理ノ材料ヲ云フモノニシテ自白ハ之ニ反シ裁判官ニ確信ヲ惹起サシムヘキ材料ニアラスシテ全然裁判官ヲ羈束シ絶對的ニ事實ヲ確定スルモノナレ

ハナリ故ニ英國ニ於テモスタトブン氏ノ如キハ自白ヲ以テ證據ニアラスト痛論シ佛國ニ於テモオーブリー氏及ヒロイ氏ノ如キモ自白ノ證據ニアラサルコトヲ明言セリ又獨逸ノ訴訟法學者グイフェルト氏ノ如キモ自白ヲ以テ證明ヲ要セサル一場合トシテ論述セリ我現行民事訴訟法ニ於テモ明ニ自白ヲ以テ證據ニアラスト主主義ヲ採レルカ故ニ余モ亦茲ニ裁判上ノ自白ヲ以テ證明ヲ要セサル一場合トシテ説明スルナリ

(甲) 裁判上ノ自白ノ定義

裁判上ノ自白ノ定義ヲ下セハ左ノ如シ

裁判上ノ自由トハ請求ノ基礎タルヘキ訴訟ノ相手方ノ事實上ノ陳述ハ眞實ナリトノ原告若クハ被告ノ訴訟上ノ陳述ヲ云フ

故ニ裁判上ノ自白トハ問題トナリタル事實ハ相手方ノ陳述ノ如ク確定セラレタシトノ原告又ハ被告ノ意思表示ニ外ナラス今此定義ニ依リ左ニ裁判上ノ自白ノ要件ヲ掲ケ之ヲ説明セントス

(第一) 自白ハ其爲サレタル訴訟事件ニ付テノミ裁判上ノ自白ト稱セラル 裁

判上ノ自白カ事實ノ問題ヲ確定終了スル所以ノモノハ現ニ當事者カ争ハサルニ依ルモノナリ争ナキ事實ハ證明スルノ必要ナシトコトニ基クモノナリ故ニ裁判上ノ自白ナルモノハ現ニ當事者カ争ハサルコト明ナル場合ニ於テノミ存在スヘキモノナリ從テ裁判上ノ自白ハ單ニ訴訟内ニ於テ爲サレタル自白タルヲ以テ足レリトセス必ス其訴訟内ニ於テ爲サレタルコトヲ必要トス詳言スレハ甲ノ訴訟内ニ於テ爲サレタル自白ハ唯ダ甲ノ訴訟ニ於テノミ裁判上ノ自白ト稱セラルヘキモノニシテ乙ノ訴訟ニ於テハ裁判上ノ自白タルノ效力アルモノニアラサルナリ然ルニマルカデーボニエー氏等ハ曰ク同一ノ事實ニシテ甲ノ訴訟ニ於テハ眞實ナルモ乙ノ訴訟ニ於テハ眞實ナラストノ理アルヘキ筈ナシ故ニ尙クモ一訴訟中ニ於テ爲サレタル自白ハ他ノ訴訟ニ於テモ亦同一ノ原告被告間ニ在リテハ裁判上ノ自白タルノ效力アルヘシト然レトモ裁判上ノ自白カ確定力ヲ有スルハ其事實カ眞實ナルニアラス現ニ當事者カ争ハサルニ依ルモノナリ換言スレハ裁判ノ自白カ確定力ヲ生スル精神ハ當事者カ訴訟ニ於テ争ハサルトキハ當事者ノ一致シタル通り其訴

認ノ局ヲ結ハントスルモノニ外ナラス故ニ當事者ノ現ニ争ハサルモノハ裁判上ノ自白タリ其他ノモノハ決シテ裁判上ノ自白ニアラサルナリ現ニ争フヤ否ヤハ其訴訟ノ問題ニシテ他ノ訴訟ニ關係ナシ故ニ他ノ訴訟ニ於ケル自白ハ之ヲ裁判外ノ自白ト云フヘキモ決シテ所謂裁判上ノ自白ニアラサルナリ是レ自白ハ其爲サレタル訴訟事件ニ付テノミ裁判上ノ自白ト稱セラル、所以ナリ

(第二) 準備書面ニ於テスル自白ハ裁判上ノ自白コアラズ 抑モ準備書面交換ノ目的ハ當事者雙方ニ於テ各其主張セントスル所ノモノ及ヒ其證據ト爲サントスル所ノモノヲ開示シ相手方ヲシテ豫メ訴訟ノ材料ヲ知悉セシムルニ在リ蓋シ之ヲ以テ豫メ必要ノ穿鑿ヲ爲サシメ辯論ノ期日ニ至リテ準備ノ爲メ更ニ延期ヲ請フノ要ナカシムルヲ期スルナリ之ヲ要スルニ準備書面トハ既ニ其名稱ノ指示セル如ク其書面ハ畢竟準備ノ爲メニスルニ過キスシテ書面其者ハ裁判官ニ事實ヲ報道スルノ目的アルニアラス從テ直チニ判決ノ基本タルヘキモノニアラス故ニ其書面ニ載スル所ノ自白ハ單ニ裁判外ノ自

白ニ過キス決シテ所謂裁判上ノ自白ニアラサルナリ

(第三) 裁判上ノ自白ハ陳述タルヲ要ス 裁判上ノ自白ハ必ス一ノ陳述タルヲ要ス即チ必ス明示ノ方法ニ依ルヲ要ス默示ノ方法ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得サルナリ即チ所謂裁判上ノ自白ナルモノハ單ニ争ハサル場合ト同一ニアラス兩者其效力ノ異ル所ハ蓋シ單ニ争ハサル事實ハ口頭辯論ノ終局マテ何時ニテモ再ヒ之ヲ争フコトヲ得ルモ(民事訴訟法第百〇九條)裁判上ノ自白ヲ爲シタル事實ハ錯誤ヲ理由トスルニアラサレハ再ヒ之ヲ争フコトヲ得サルノ點ニ在リ(舊民法證據法第三十六條第二項)但明示ノ自白ヲ爲サ、ルトキト雖モ明ニ争ハサル事實ハ原告若クハ被告ノ他ノ陳述ヨリ之ヲ争ハントスル意思カ顯ハレサルトキハ自白シタルモノト看做スコト我民事訴訟法第百十一條ノ規定スル所ナリ

(第四) 裁判上ノ自白ハ請求ノ基礎タルヘキ事實ニ付テ爲スコトヲ要ス 自白トハ反對當事者ノ主張スル事實ヲ認ムルヲ云フモノコトテ反對當事者ノ請求其者ヲ認ムルノ謂ニアラサルナリ即チ自白トハ反對當事者ノ主張スル請

求ノ基礎タルヘキ事實ヲ認ムルヲ要スルナリ請求其者ヲ認ムルハ自白ニアラスシテ訴訟法上所謂認諾ナリ

(第五) 自白ノ事實ハ客觀的可能タルヲ要ス 自白ノ事實ハ客觀的可能タルヲ要スルヤ訴訟法上特コ明文ナシト雖モ明文ナキハ却テ言フナ俟タサルカ故ナリ即チ縱令當事者ノ一方カ主張シ他方カ之ヲ認ムルモ客觀的不能ノ事項ハ所謂自白ノ目的タルヲ得サルヤ條理上當然ナリ例ヘハ一方ノ當事者カ泰山ヲ挾ンテ北海ヲ超ヘントスルコトヲ主張シ他ノ當事者カ明ニ之ヲ認許スル場合ノ如キ縱令形式上當事者ノ一致アリト雖モ決シテ所謂自白ナルモノヲ構成スヘキコアラサルナリ

(乙) 裁判上ノ自白ノ效力

(第一) 裁判上ノ自白ハ證明ヲ不必要ナラセムルノ效力アルモノトス換言スレハ絶對的ニ裁判官ヲ羈束シ事實ヲ確定スルノ效力アルモノトス

(第二) 第一審ニ於テ爲シタル裁判上ノ自白ハ第二審ニ於テモ亦其效力ヲ有ス

(四) 民事訴訟法第百十八條

證據法 證明ノ目的物 證明ヲ要セサル事實

(第三) 裁判上ノ自白ハ職權調査事項ニ付キ其效力ヲ生セス 自白ハ證明ヲ求ムル權利ノ拋棄ナリ蓋シ事實ノ主張ヲ爲スモノハ之ヲ證明スルノ責任アリ從テ反對當事者ハ證明ヲ求ムルノ權利ヲ有ス此權利ヲ拋棄スルコト即チ裁判上ノ自白タルナリ然ルニ職權調査事項ニ付テハ當事者ハ有效ニ其權利ヲ拋棄スルコトヲ得ス何トナレハ職權調査事項トハ裁判所カ自ラ進テ調査スヘキ事項ニシテ全ク當事者ノ申立及ヒ證明ニ一任スヘキモノニアラサルヲ以テナリ從テ此種ノ事項ニ付テハ裁判上ノ自白ハ其效力ヲ生セス換言スレハ職權調査事項ニ付テハ裁判上ノ自白ハ事實ヲ絶對的ニ確定スルノ效力ヲ有スルモノニアラス單ニ一ノ證據トシテ效力アルニ過キサルナリ

(第四) 裁判上ノ自白ハ顯著ナル事實ニ付キ其效力ヲ生セス 自白ハ證明ヲ求ムル權利ノ拋棄ナリト雖モ顯著ナル事實ニ付テハ其事實ノ性質上元來證明ノ問題其モノヲ生セサルヲ以テ之ニ關スル權利ノ拋棄アリ得ヘカラサレハナリ

(丙) 自白ト他ノ事實ノ陳述ト併合セラレタルモノノ效力

一方ノ當事者カ相手方ノ主張スル事實ヲ認ムルト同時ニ之ニ他ノ陳述ヲ附加シタル場合ニ於テ其陳述全體(自白ト自白ナラサル陳述)ノ效力如何是レ茲ニ考究セントスル問題ナリ此問題ニ關シテハ學說ヲ大別シテ二トナスコトヲ得ヘシ即チ自白不可分主義及ヒ自白可分主義是レナリ前者ハ主トシテ佛國學者間ニ行ハレ後者ハ主トシテ獨逸學者間ニ行ハル今此兩主義ヲ比較對論セントスルニ當リ先ツ自白不可分主義ヲ說明シテ其是非ヲ論シ而シテ後兩主義ノ何レカ勝レルヤニ論及セントス蓋シ我舊民法ハ主トシテ佛國法典ニ倣ヒ自白ニ關シテモ亦所謂不可分主義ヲ採用シタルヲ以テ今便宜ノ爲メ其條文ヲ以テ自白不可分主義ヲ說明スルノ資ニ供セントス

舊法典證據編第三十八條ニ曰ク

複雜ナル自白ヲ援用セントスル者ハ陳述セラレタル數個ノ事實ニ關シ其自白ヲ分ツコトヲ得ス但此事實カ牽連シタルトキニ限ル

然レトモ主タル事實ヲ變更スル事實ノ主張ハ通常ノ證據方法ヲ以テ之ヲ駁撃スルコトヲ得

ト故ニ自白不可分主義ニ於テハ此條文ヨリ推知シ得ヘキカ如ク先ツ自白ヲ分ツテ單純自白及ヒ複雜自白ノ二種ト爲シ更ニ複雜自白ヲ分テ獨立セルモノト牽連セルモノトノ二種ト爲シ而シテ此中牽連セル複雜自白ノミカ自白不可分ノ適用ヲ受クヘキモノトセリ蓋シ茲ニ所謂單純自白トハ不利益ナル事實ノ陳述ノミナ云フモノニシテ例ヘハ單ニ金ヲ借リタリトカ或ハ係爭事物ニ付相手方ニ所有權アリトカ云フカ如キ是ナリ又複雜ナル自白ト二個以上ノ事實ノ陳述ニシテ自白者ニ不利益ナル部分ト利益ナル部分トヲ包含スルモノヲ云フ換言スレハ自白ト自白ナラサル事實ノ陳述ト同時ニ爲サレタル場合ヲ云フモノナリ而シテ此兩者互ニ相獨立セルトキハ是ヲ獨立自白ト云ヒ又其兩者互ニ相牽連セルトキハ是ヲ牽連自白ト云フ而シテ自白不可分主義ノ學者ノ説明スル所ヲ見ルニ曰ク獨立自白トハ自白ノ爲サレタル事實ト附加セラレタル他ノ事實トハ全ク關係ナキ場合ヲ云フモノニシテ例ヘハ被告カ其債務ヲ自白シ自己モ又原告ニ對スル債權ヲ有シ且要求期ニ達シタルヲ以テ二箇ノ債務ノ相殺セラルヘキコトヲ陳述スル場合ノ如キ又例ヘハ不動産取戻ノ請求ヲ受ケタル者

カ相手方ノ所有權ヲ認ムルト同時ニ其物品ニ付キ必要ノ保存費用ヲ支出シタルコトヲ陳述スル場合ノ如キ是ナリ何トナレハ自己カ債務ヲ負フ事ト自己カ債權ヲ有スル事トハ全ク獨立シタルモノニシテ毫モ相關係スル所ナケレハナリ而シテ此場合ニ於テハ二個ノ陳述各獨立シテ其效力ヲ生シ自白ハ自白トシテ單獨ニ其效力ヲ生シ其他ノ陳述ハ夫レ自身又獨立シテ效力ヲ有スヘク即チ此場合ニ於テハ毫モ自白不可分ノ適用ヲ見サルナリト以上不可分主義ノ學者ノ獨立自白ニ付テ論スル所最モ當チ得タリト云フヘシ蓋シ獨立自白ニ於テ自白ハ獨立シテ效力ヲ生シ他ノ陳述ハ獨立シテ效力ヲ有スヘキコト條理ノ當然ナレハナリ

自白不可分主義ノ學者又牽連自白ヲ説明シテ曰ク例ヘハ被告カ債務ヲ自白シナカラ重大ナル錯誤アリタルコトヲ主張スル場合ノ如キ又ハ被告カ債務ヲ自白シナカラ其辨濟ヲ主張スル場合ノ如キ是ナリ此ノ如キ場合ニ於テハ原告若シ被告ノ自白ヲ援用セントセハ其被告ニ不利益ナル部分ノミヲ援用スルヲ得ス必ス其陳述全部ヲ援用スヘキモノナリト自白不可分學者ノ此説明ハ果シテ

其當チ得タルモノナルヤ否ヤ以上掲ケラレタル二個ノ例ニ付キ順次之ヲ檢セ
 ントス先ツ第一例ニ於テ被告カ債務ヲ自白スルト同時ニ一方ニ於テ重大ナル
 錯誤アリタルコトヲ主張スル場合ヲ以テ不可分主義ノ學者ハ之ヲ自白ト自白
 ナラサルモノトノ二個ノ陳述ナリト爲スト雖モ余ノ管見ニ依レハ被告ノ陳述
 ハ二個ノ陳述ニアラスシテ實ハ單ニ一個ノ陳述ニ過キサレモノト云ハサルヲ
 得ス換言スレハ被告ノ陳述ハ自白ト自白ナラサル他ノ陳述トノ二個ニアラス
 シテ自白ノ形式ノ上ニ爭ハレタル一個ノ陳述ニ過キサレナリ何トナレハ被告
 カ債務(債務形式)アルモ重大ナル錯誤アリタリトコトヲ陳述スルハ是レ單ニ錯
 誤ノ爲メ原告ノ主張スル債務ハ實際成立セサルコトヲ陳述スルニ外ナラス即
 チ此陳述中ニハ自白ト自白ナラサル部分トヲ包含セス一括シテ原告ノ主張ヲ
 爭フ一ノ陳述ヲ構成スルニ過キズ故ニ此場合ニ於テ其陳述ハ之ヲ分ツヘカラ
 サルコト勿論ナリト雖モ是レ自白ト他ノ自白ナラサル陳述ヨリ分ツヘカラサ
 ルカ故ニアラスシテ其陳述ハ單ニ一箇ノ陳述ニ過キス若シ強ヒテ之ヲ分ダン
 トスルトキハ其陳述ハ全ク當事者ノ眞意ヲ表示セサル無意味ノ陳述トナルヘ

キチ以テナリ是故ニ自白不可分學者カ以上ノ如キ陳述ノ不可分ナルハ自白不
 可分ノ原則ノ適用ニ由ルト云フハ誤レルノ甚シキモノト云ハサルヲ得ス何ト
 ナレハ以上ノ如キ場合ニ於テ被告ノ陳述ハ單ニ原告ノ主張ヲ爭フモノタルニ
 過キスシテ毫モ自白ノ原素ヲ包含スルモノニアラサレハナリ之ヲ要スルニ自
 白不可分學者カ舉ケタル第一例ノ如キハ毫モ自白ニ關係ナク從テ全ク茲ニ考
 究スヘキ問題ノ範圍外ニアルモノト云ハサルヲ得ス
 次ニ不可分主義ノ學者ノ第二例ヲ見ルニ曰ク被告カ債務ヲ自白シナカラ其債
 務ハ之ヲ辨濟シタリト陳述スルカ如キ場合ニ於テハ此二個ノ陳述ハ互ニ相牽
 連シタルモノナルヲ以テ原告若シ被告ノ自白ヲ援用セントセハ必ス其陳述全
 部ヲ援用セサルヘカラスト然レトモ不可分主義ノ學者又曰ク此ノ如キ場合ニ
 於テハ原告ハ被告ノ陳述全部ヲ援用スルヲ要スト雖モ其附加シタル陳述即チ
 辨濟アリタリトノ事實ハ原告ヨリ通常ノ證據方法ヲ以テ之ヲ攻撃スルヲ得ヘ
 シト彼ノ前ニ掲ケタル我舊證據編第三十八條第二項ニ於テ然レトモ主タル事
 實ヲ變更スル事實ノ主張ハ通常ノ證據方法ヲ以テ之ヲ駁撃スルコトヲ得ト云

ナモノモ亦此意ニ外ナラサルナリ故ニ自白不可分主義ノ學者カ所謂自白不可分ト云フハ自白ニ他ノ主張カ附加セラレタル場合ニ於テハ其陳述全部カ悉ク自白ノ效力ヲ生スルト云フニアラスシテ自白ハ自白トシテ其效力ヲ生シ其附加セラレタル事實ニ付テハ舉證ノ責任反對當事者ニ移轉スヘシト云フニ過キサリ

以上説述シ來リタル不可分主義ノ學說ノ要領ハ左ノ二點ニ歸着スヘシ

(第一) 自白ノ形式ノ下ニ爭ハレタル事實ノ陳述ハ不可分ナリ

(第二) 自白ト其他ノ牽連シタル事實ト同時ニ陳述セラレタルトキハ其附加

セラレタル事實ニ付テハ舉證ノ責任反對當事者ニ移轉スヘシ

然ルニ右第二ノ場合ハ自白其者ヲ包含セサルヲ以テ所謂自白不可分ノ適用ヲ生セサルコト既ニ論述シタルカ如シ故ニ自白不可分主義ノ要領ハ單ニ右(第二)ノ點ニ過キサルモノニシテ即チ該主義ノ實質ハ單ニ

自白ト同時ニ陳述セラレタル牽連シタル他ノ事實ニ付テハ舉證ノ責任反對當事者ニ移轉スト云フニ過キス

自白不可分主義ノ原則ハ單ニ以上ノ如シ然ラハ則チ此原則ハ充分ノ根據アルモノナリヤ否ヤ詳言スレハ自白ニ附加セラレタル事實ニ付テ特ニ其舉證責任ヲ移轉スヘシトナスハ充分ノ理由存スルモノナルヤ否ヤハ次ニ來ルヘキ問題ナリ蓋シ通常不可分主義ノ學者ノ理由トスル所ヲ見ルニ曰ク

自白ハ自己ニ不利益ナル事實ノ陳述タリ被告ハ黙止スルコトヲ得ルニ拘ハラズ既ニ自己ニ不利益ナル事實ヲ認ムル以上ハ其事實ハ眞實ノモノト見サルヘカラス今若シ陳述スル事實ハ眞實ナルモノト推定セハ此推定ハ被告ノ陳述スル總テノ事實ニ及ハサルヘカラス何トナレハ若シ被告ニシテ惡意アルトキハ決シテ一部分ト雖モ自己ニ不利益ナル事實ヲ陳述スル謂レナキヲ以テ被告ハ善意ニシテ之ヲ認メタルモノト見サルヘカラス果シテ然ラハ其他ノ部分ニ付キテモ亦被告ハ善意ニシテ之ヲ認メタルモノト看做サ、ルヘカラサルヲ以テナリ

ト云フニアリ然レドモ不利益ナル陳述ト利益ナル陳述トノ併合其モノハ必スシモ被告ノ黙止ヨリモ不利益ナリト云フヘカラス却テ自白者ハ利益ノ爲メニ

證據法 證明ノ目的物 證明ヲ要セサル事實

斯ノ如キ陳述ヲ爲スコトナシトセス從テ自白者ノ陳述ハ必スシモ善意ニテ爲
 スモノト云フコト能ハサルヘシ然ラハ則チ以上ノ理由ハ不可分主義ヲ維持ス
 ルニ足ル十分ナル根據ト云フヲ得サルナリ
 自白不可分主義ノ學者ハ又他ノ理由ヲ付シテ曰ク
 若シ自白ヲ分ツコトヲ得ルモノトセハ舉證ノ責任ニ付キ甚ク不公平ナル結
 果ヲ生セサルヲ得ス何トナレハ一方ノ當事者ハ全ク自己ノ主張ヲ證スル證
 據ナキ場合ニ於テモ反對當事者ノ自白ニ依リテ自己ノ證明ヲ免レタルモノ
 ナリ然ルニ若シ其自白ニ附加シタル事實ノ舉證モ猶之チ自白者ニ求ムヘキ
 モノトセハ是レ舉證ノ責任上甚ク權衡ヲ失スルモノト云ハサルヲ得ス故ニ
 此場合ニ於テ舉證ノ責任ハ自白者ヨリ移リテ反對當事者ニ轉スヘシト爲ス
 ナリ以テ最モ公平ナリト云ハサルヲ得ス
 然レトモ凡ソ公平ナル觀念ハ同等ト云フ觀念ト異ナルナリ二人ノ間ニ公平
 ナ得ルト云フハ其二人ノ利益或ハ負擔全ク同一ナリト云フニアラスシテ唯其
 利益及ヒ負擔ヲ生セシムヘキ原因ト其利益及ヒ負擔其者トノ比例カ二者ノ間

ニ同一ナリト云フコトニ外ナラス故ニ重キ原因アルモノハ重キ責任ヲ生シ輕
 キ原因アルモノハ輕キ責任ヲ生スルコト是レ之チ公平ト云フヘキナリ今此場
 合ニ於テ自白者ハ其自白事實ニ付キ證明ヲ求ムルノ權利ヲ拋棄シタルモノナ
 ルカ故ニ茲ニ當然自白ノ效力ヲ生スルノミ而シテ其他ノ事實ノ陳述ハ又一ノ
 事實ノ主張ヲ爲スモノナルカ故ニ一般ノ原則ニ從ヒ舉證ノ責任ヲ有スヘキコ
 ト條理ノ當然ナリ然ルニ若シ反對當事者チシテ舉證ノ責任ヲ負擔セシムヘキ
 モノトセハ是レ謂レナキ責任ヲ負ハシムルモノニシテ却テ公平ヲ失スルモノ
 ト云ハサルヲ得ス是ニ由テ之チ見レハ自白不可分主義ノ學者ノ第二ノ根據ト
 スル理由モ亦不可分主義ヲ維持スルニ足ラサルヤ明カナリ
 之チ要スルニ自白不可分主義ハ其根據ニ於テ充分ナル理由ヲ見出ス能ハス余
 ハ却テ自白可分主義ヲ以テ適當ト爲スモノナリ換言スレハ自白ト他ノ陳述ト
 併合セラレタルモノニ付テハ左ノ如キ效力ヲ認ムルヲ以テ最モ正當ナリト信
 ス

自白ト其他ノ陳述ト同時ニ爲サレタル場合ニ於テハ自白ハ自白トシテ獨立

コ効力ヲ生シ其他ノ陳述ハ毫モ自白ニ關係ナク一般ノ原則ニ從ヒ證明セラ
ルヘク又舉證セラルヘキモノトス

但以上ノ場合ニ於テ其陳述ハ眞ノ自白ト他ノ別箇ノ陳述トノ結合ナルヤ又
ハ自白ノ形式ノ下ニ主張セラレタル爭ナルヤ否ヤハ裁判所カ事情ニ因リテ
是ヲ判斷スヘキモノトス

以上ツイフゾルト氏ノ所説ニシテ自白ト他ノ陳述ト併合セラレタルモノ、効力
ヲ定ムルニ付キ最モ當テ得タルモノナリト信ス獨逸民事訴訟法第三百六十二
條ニ於テ自白カ獨逸ノ防禦方法又ハ攻撃方法ニ附加セラレタル場合ニ於テハ
自白ノ効力ニ影響ナシ其他ノ場合ニ於テハ裁判官事情ニ因リ自白ナルヤ爭ナ
ルヤヲ決スヘキモノトスト云フモノ亦此意ニ外ナラサルナリ
裁判上ノ自白ノ説明ヲ終ルニ臨ミ注意ノ爲メ一言ヲ要スルコトアリ即チ裁判
外ノ自白是レナリ舊民法證據編ノ如キハ特ニ裁判外ノ自白ナルモノヲ認メ且
之ヲ以テ證據ノ一種トナセリト雖モ頗ル其當ヲ失セルモノ、如シ何トナレハ
後ニモ詳述スルカ如ク凡ソ證據トハ推理ノ材料ヲ云フモノニシテ推理ノ結果

FO

ヲ云フモノニアラス然ルニ裁判外ノ自白ハ推理ノ材料ニアラスシテ推理ノ結
果ナレハナリ又裁判外ノ自白ハ裁判官ノ腦中ニ生スル普通ノ推理結果ニ過キ
スシテ特ニ事實問題ヲ終了スルノ効力アルモノニアテス故ニ裁判外ノ自白ナ
ルモノハ無論證據ノ一種ニモアラス又證明ヲ不必要ナラシムヘキ一ノ場合ニ
モアラス結局證據法上ノ問題トナルヘキ特別効力アルヘキモノニアラス故ニ
余ハ特ニ裁判外ノ自白ニ關シ講述スヘキ何等ノ必要ヲ認メサルナリ

以上顯著ナル事實及ヒ裁判上自白アリタル事實ヲ講了シ證明ヲ要セサル事實ノ
説明ヲ終ルニ臨ミ一ノ注意ヲ要スルコトアリ即チ余カ既判力ヲ以テ證明ヲ要セ
サル場合ノ一トシテ掲ケサルコト是ナリトス蓋シ舊民法證據編第七十六條ニ於
テ公益ニ關スル完全ナル法律上ノ推定ノ一トシテ既判力ヲ掲ケタルヲ以テ我證
據法ヲ論スルモノ往々證明ヲ要セサル事實ノ一トシテ既判力ヲ掲ケルモノアリ
ト雖モ余ハ之ヲ以テ誤謬ノ甚シキモノナリト信ス請フ其理由ヲ述ヘン抑モ既判
力トハ判決ノ確定力ヲ云フモノナリ而シテ我民事訴訟法第二百四十四條ニ曰ク
判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限り確定力ヲ有スト又舊民法證據編第七十七條

ニ曰ク既判力ハ判決主文ニ包含スルモノニ存スト蓋シ判決主文トハ判決中直接ニ權義ノ有無ヲ表彰スル部分ニシテ毫モ事實ト關係ナキモノナリ是故ニ判決ノ確定力ハ權利義務ノ確定ニシテ毫モ事實ヲ確定スルモノニアラサルナリ從テ既判力ノ效果ニ由リ證明ヲ要セサル場合ヲ生スヘキ理由ナシ何トナレハ證明ハ事實ノミニ關スルモノニシテ毫モ權利義務ニ關係ナキモノナレハナリ是レ余カ證明ヲ要セサル事實ヲ論スルニ當リ其一場合トシテ既判力ヲ掲ケサル所以ナリ

第四章 證明ノ材料

第一節 總論

證明ノ材料
總論
證據ノ定

第一款 證據ノ定義

證據ノ定義ニ關シテハ古來學者ノ說一定セス又諸國ノ法典ニ於テモ殆ント之ニ對シテ定義ヲ下シタルモノナシ是レ全ク世間普通ニ證據ナル語辭ヲ使用スルモ其意義一定セス或ハ之ヲ以テ證明ノ結果ト爲シ或ハ之ヲ以テ證明ノ手續ト爲シ或ハ之ヲ以テ證明ノ材料ト爲ス等其意義錯綜紛糾ヲ極メ容易ニ之カ定義ヲ下スコト能ハサルニ由ラスンハアラサズ今證據ニ關スル學說中重ナルモノ二三ヲ掲ケ

テ之ヲ論評シ然ル後余ノ信スル定義ヲ說述セントス

第一、證據ハ證明ノ結果、證明ノ手續及ヒ證明ノ材料ナリトナスノ說

此說ハ證明ノ結果、證明ノ手續及ヒ證明ノ材料三者共ニ之ヲ證據ト稱スルモノナリ然レトモ此說ハ其實質如何ヲ論スルヲ待タズ其形式ニ於テ既ニ定義ノ性質ヲ缺クモノト云フヘシ何トナレハ定義ナルモノハ一定確然排斥的ノ性質ヲ有スルモノナラサルヘカラス換言スレハ或事項ノ意義ヲ一定シ明ニ之ヲ他ノモノト識別スルコト定義ノ本領ナリ一ノ言語カ使用セラレ、意義カ確定セス其意義甚タ錯雜ヲ極メ何レカ其真正ノモノナルヤ明カナラサル場合ニ於テ漫然之ニ數義ヲ附スルカ如キハ決シテ定義ト稱スルヲ得ス今證據ノ定義ヲ下スノ目的ハ從來使用セラレタル數義中其何レカ正當ナルヤヲ一定スルニ在リ即チ證據ナルモノハ證明、證明ノ方法及ヒ證明ノ材料中果シテ其何レナルヤヲ決定スルニ在リ然ルニ此說ハ所謂證據ノ定義ナルモノハ果シテ其ノ何ナルヤヲ決定セス却テ雜然數義ヲ附スルモノニシテ定義ノ性質ニ反スルコト明カナリ抑モ佛蘭西學者カスノ如キ曖昧ナル定義ヲ下シタル所以ノモノハ蓋シ理論ヲ

顧ミテ單ニ實際ノ便宜ニノミ基キ編成シタル彼ノ佛蘭西證據法ニ證據トシテ規定セルモノ全部ヲ包含セシメントシタルニ基因スルモノニシテ此說ノ法理上當テ得サルコト敢テ言テ俟タサルヘシ

第二、證據ハ證明ノ手續ナリトナスノ說

此說ニ依レハ證據トハ證明ノ方法即チ裁判官チシテ確信ヲ惹起サシムルニ至ルマテノ一切ノ手續ヲ總稱スルモノナリ故ニ此說ニ依レハ彼ノ世人カ普通ニ證據ト認ムル證書又ハ證言ノ如キハ之ヲ證據ニアラスト云ハサルヲ得ス何トナレハ證書又ハ證言其者ハ決シテ證明ヲ得ルノ手續ニアラサレハナリ故ニ此說ハ證據ナル言語ニ自家一己ノ說ヲ附スルモノニシテ普通ノ意義ニ該當スルノ說ナリト云フヲ得ス余ノ見解ニ依レハ證據ナル材料アリテ而シテ後證明ノ手續ヲ施シ依テ茲ニ證明ノ結果即チ心證ヲ生スルナリ故ニ心證ハ證據ノ結果ニシテ又證明ノ手續ハ其原因ニ依テ其結果ヲ生スル中間ノ作用ナリト云ハサルヲ得ス畢竟此說タル證明ノ手續ト證明ノ材料トヲ混同スルモノニシテ亦以テ證據ノ定義ト爲スニ足ラサルヤ明カナリ

第三、證據ハ證明ノ結果ナリトナスノ說

此說ハ裁判官ノ確信其者ヲ以テ證據トナスモノニシテ此說ヲ唱フル論者ハ巧ニ之ヲ説明シテ曰ク證據トハ或事物カ裁判官ノ腦裡ニ映シテ始メテ組成スルモノナリ假令如何ニ信用スヘキ事物ト雖モ裁判官ニ於テ之ニ依リ確信ヲ惹起サハルトキハ其事物ハ他ノ普通一般ノ事物ト異ル所ヲ見ス從テ此場合ニ於テハ證據ナルモノアルコトナシ之ニ反シテ如何ニ信ヲ措クニ足ラサル事物ナルモ裁判官ニ於テ之ニ依テ確信ヲ生シタルトキハ其事物ハ即チ證明ノ材料ニシテ即チ證據ナリト云ハサルヲ得ス故ニ證據ナルモノハ裁判官ノ腦中ニ於テ始メテ生スヘキモノニシテ外界ニ於テ證據ナルモノ存在スヘキ理由ナシ從テ證據ハ裁判官ノ確信其者ナリト云ハサルヲ得スト論者ノ說甚ク理由アルカ如シト雖モ此說ニ依レハ前說ト同シク證書又ハ證言等ハ證據ニアラサルニ至ルヘク大ニ普通ノ觀念ニ反スルノ嫌アルヲ免レス又若シ論者ノ言ノ如シトセハ證據ハ裁判官ノ腦中ニ成立シタル確信其者ナルヲ以テ證據ナルモノハ常ニ一個ニシテ種類アルヘカラス又假令如何ナル材料ニ依リテ得タル確信ナルモ其證

據カハ常ニ相同メト云ハサルヘカラサルニ至ルヘン然ルニ此等ノ論者ト雖モ
又一方ニ於テハ證書證言等ヲ以テ證據ナリトシ又之カ種類ヲ分テ效力ヲ論セ
ルヲ以テ見レハ是レ明ニ自家撞着ヲ示スモノニシテ此說ノ當ヲ得サルコト多
言ヲ要セスシテ明カナルヘシ

第四、證據ハ證明ノ材料ナリトナスノ說

此說ニ依レハ證據トハ證明ノ材料即チ裁判官カ確信ヲ得ンカ爲メニ爲ス推理
ノ材料ヲ云フモノナリ此說ハ現今學者中殆ト一般ニ認メラル、所ニシテ余モ
亦此說ヲ以テ至當ナリト信スルモノナリ事ノ詳細ハ余ノ定義ヲ説明スルノ場
合ニ於テ論述スル所アル可シ

余ハ證據ノ定義ヲ左ノ如ク下サントスルモノナリ

證據トハ裁判所ニ於テ問題トナリタル主タル事實又ハ之ヲ決定スルニ付キ基
礎ト爲ルヘキ事實ノ眞否ニ關スル法律ノ定メタル報道ノ機關ヲ云フ

以下之ヲ分析説明スレハ左ノ如シ

第一、證據トハ裁判所ニ於テ問題トナリタル事實ニ關スルモノナリ

余カ茲ニ證據トハ問題トナリタル事實ニ關スルモノナリト云ヒテ係爭事實ニ
關スルモノト云ハサル所以ノモノ蓋シ前ニモ屢述ヘタル如ク民事裁判ニ於テ
ハ自白アリタル事實ハ證明ヲ要セサルカ故ニ民事ノ場合ニ於テハ爭ハレタル
事實ニ付テノ外證據ノ問題ヲ生セサルコト勿論ナルヘク從テ證據トハ總テ係
爭事實ニ關スルモノト云フヲ得ヘント雖モ刑事裁判ノ場合ニ於テハ自白ハ事
實確定ノ效力ヲ有スルモノニアラス自白アリタル場合ト雖モ裁判官ハ尙ホ進
テ其他ニ據ルヘキ證據ヲ調査スルコトヲ要ス(刑事訴訟法第百三十九條)從テ刑事ノ場合ニ
於テハ證據ハ獨リ係爭事實ニ關スルモノト云フヲ得サルナリ余カ茲ニ證
據トハ係爭事實ニ關スルモノト云ハスニテ廣ク問題トナリタル事實ニ關スル
モノナリト云ヒタル所以ノモノ即チ民刑兩訴ニ通スルノ定義ヲ下サンカ爲メ
ニ外ナラサルナリ

第二、證據トハ主タル事實又ハ主タル事實ヲ決定スルニ付キ基礎トナルヘキ事

實ノ眞否ニ關スルモノナリ

抑モ裁判ノ目的ハ人民ノ權利義務ヲ確定シ又ハ刑罰ヲ科スルニ在リ蓋シ權利

義務ノ發生消滅ハ必ス行爲又ハ事件ノ存在ニ因ル例ハ不法行爲ニ依リ債權ヲ生シ先占ニ因テ所有權ヲ取得スルカ如ク或ハ出生死亡又ハ時ノ經過等ニ因テ一定ノ權利義務ヲ發生消滅スルカ如キ是レナリ又刑罰ヲ科スルニ於テハ必ス先ツ一定ノ行爲ノ存在ヲ要ス例ハ謀殺毆打詐欺等ノ行爲是レナリ以上ノ如キ行爲及ヒ事件ヲ總稱シテ之ヲ法律事實ト云フ即チ之ニ因テ以テ一定ノ法律關係ヲ生スルノ基礎ト爲ル事實ヲ云フモノナリ斯ノ如ク權利義務ヲ認メ又ハ刑罰ヲ科スルカ爲メニハ必ス先ツ事實アルコトヲ要スルカ故ニ裁判所ニ於テ裁判ノ目的ヲ達セント欲セハ必ス先ツ其基礎トナルヘキ事實ノ眞否ヲ決定シ然ル後之ニ法律ヲ通用スルコトヲ要ス茲ニ主タル事實ト云フハ即チ以上述ヘタル法律事實ヲ云フモノナリ又茲ニ主タル事實ヲ決定スルニ付キ基礎トナルヘキ事實ト云フハ即チ因テ以テ法律事實ヲ推理シ得ヘキ基礎ト爲ル事件又ハ行爲ヲ云フモノナリ例ハ血ニ塗レタル服裝ニテ殺人アリタル家ヨリ出テシトノ行爲ハ即チ其者ノ殺人犯人ナルコトヲ推理シ得ル基礎トナル行爲ナリ又時ノ經過ナル事件ハ人ノ死亡ヲ推理シ得ル基礎トナルヘキ事件ナルカ如キ

是レナリトス以上ノ行爲及ヒ事件ハ所謂微憑ニシテ又其レ自身人證或ハ書證等ニ因テ證明セラルヘキ所ノモノナリトス是レ證據トハ主タル事實又ハ主タル事實ヲ決定スル材料トナルヘキ事實ノ眞否ニ關スル者ナリト云フ所以ナリ

第三、證據トハ報道ノ機關ナリ

前ニモ屢述ヘタルカ如ク裁判所ハ其目的ヲ達スル爲メ必ス先ツ或事實ノ眞否ヲ知ルノ必要アリ而シテ其之ヲ知ルノ方法ハ到底以下ノ二方法ヲ出テス即チ直覺ニ依ルノ方法及ヒ直覺ニ依リ得タルモノヨリ推理スルノ方法是レナリトス此二個ノ方法中第一ノ方法最モ確實ヲ期シ得ヘキヤ言ヲ俟タス故ニ若シ其決定スヘキ事實ニシテ直覺ノ方法ヲ施シ得ヘキモノナルトキハ必ス之ニ依ルヲ以テ最モ捷徑ニシテ又最モ能ク眞實ヲ確メ得ヘキモノトス然レトモ若シ其事實ニシテ直覺ノ方法ヲ施スコト能ハサルトキハ必ス何者カノ媒介ニ依テ之ヲ知ルコトヲ必要トス是ニ於テカ或ハ報道ノ機關アルコトヲ要スルナリ此報道ノ機關即チ之ヲ證據ト云フ

學者或ハ證據ヲ以テ事實ヲ決スルノ材料ナリト云フト雖モ是レ甚ダ空漠ニ失

ブルモノト云ハサルヲ得フ何トナレバ若シ證據ヲ以テ廣ク事實ヲ決定スルノ材料ト云フトキハ報道機關ニ依リテ得タル事實其者モ亦他ノ事實ヲ推理決定スルノ材料トナルヘキヲ以テ裁判官ノ證明ノ結果ヲモ亦證據ト稱セサルヘカラサルニ至リ終ニ證據トハ證明ノ材料タルヤ將タ證明ノ結果ナルヤ其意義甚タ漠然タルニ至ルヘシ加之若シ證據ヲ以テ廣ク事實ヲ決定スルノ材料ト云フトキハ裁判官自身カ頭腦ニ含蓄スル總テノ智識モ亦皆之ヲ證據ナリト云ハサルヘカラサルニ至リ頗ル通常所謂證據ナル觀念ニ背反スルモノト云ハサルヲ得ス是レ余カ茲ニ證據ヲ以テ廣ク證明ノ材料ナリト云ハスシテ特ニ報道ノ機關ト云ヒタル所以ナリ

茲ニ注意スヘキハ報道ノ機關トハ讀テ字ノ如ク裁判官カ之ヲ通シテ事實ヲ知ルヘキモノニシテ裁判官ノ腦中ニ存在スルモノニアラス從テ證據ハ總テ外界ノモノニシテ即今現在ニ裁判官ノ五官ニ觸接スヘキ所ノモノタルコト是ナリ

證據ハ報道ノ機關タルカ故ニ左ノ結果ヲ生ス

(甲) 檢證ノ目的ハ證據ニアラス

證據トハ事實ヲ裁判官ノ直接實驗ニ提供スル能ハサル場合ニ當リ其補充トシテ提出セラル、モノタルコト前ニ述ヘタルカ如ク證據ノ性質果シテ然ルトセハ檢證ノ目的物ハ證據ニアラスト云ハサルヲ得ス何トナレハ檢證トハ問題トナリタル事實又ハ其他ノ事實ヲ實驗スルモノニシテ檢證ノ目的物ハ即チ裁判官實驗ノ目的物ナレハナリ然ルニワッハ氏ノ如キハ熱心ニ反對說ヲ維持シテ曰ク檢證ノ目的物ト書證トハ其性質ニ於テ區別アル所ヲ見スト而シテ氏ノ理由トスル所ニ曰ク例ヘハ裁判官カ當事者ノ主張スル事實ノ眞否ヲ判セントシテ當事者ノ提出ニ係ル私署證書又ハ商業帳簿ヲ檢閱スル行爲ハ裁判官カ職務上被告ノ倉庫ニ臨ミ契約ノ目的物タル貨物ノ荷作セラレタルヤ否ヤヲ檢査シ又ハ被告カ請求ノ目的物トシテ提出スル所ノ貨物ニ就キ職權ヲ以テ試験ヲ行ヒ其履行カ原告ノ申込ニ適應スルヤ否ヤヲ審査スル等ノ行爲ト全ク同一ナリト然レトモ余ノ見解ニ依レハ私署證書又ハ商業帳簿ハ事實ヲ證明スルノ方法トシテ提出スルモノニシテ之ヲ檢閱スルハ報道ノ機關ヲ檢案スルモノタルニ過キス倉庫ノ檢査貨物ノ試験ハ之ニ反シテ裁判

官カ現在ニ事實其者ヲ實驗スルモノタリ一ハ事實ノ眞否ニ關スル報道ノ機
關ヲ檢閱スルモノナリ一ハ決定スヘキ事實其者ヲ實驗スルモノニシテ兩者
ノ間劃然タル區別アリテ存スルモノタリウヰ氏ノ說ノ如キハ此區別ヲ混同
スルノ誤謬アルモノト謂ハサルヲ得ス之ヲ要スルニ檢證トハ事實其者ヲ實
驗スルノ方法ニシテ報道ノ機關ヲ檢案スルモノニアラサルナリ然ラハ則チ
檢證ノ目的物ノ證據ニアラザルコト識者ヲ俟テ後知ラサルナリ

(乙) 鑑定ハ證據ニアラス

從來ノ學者及ヒ法典ハ鑑定人ヲ以テ證人ト同種類ノモノト爲シ從テ鑑定ヲ
以テ證據ノ一トセリ然レトモ鑑定トハ裁判官ノ腦中ニ或判斷力ヲ備フルノ
具ニ過キスシテ報道ノ機關ト全ク其性質ヲ異ニスルモノタリ換言スレハ證
人ハ報道ノ機關ニシテ鑑定ハ裁判官ノ實驗ヲ助クル一ノ道具タルニ過キス
從テ鑑定人ノ申請ハ證據ノ提出ニアラスシテ裁判官ノ職務上行フヘキ直接
實驗ヲ促スノ方法ニ外ナラサルナリ詳言スレハ鑑定人ノ申請ハ當事者カ報
道ノ機關ヲ提出スルモノニアラスシテ事實ニ付キ裁判官カ可及的精密周到

ナル直接實驗ヲ下サノコトヲ申請スルモノタルニ過キサルナリ

第四、證據トハ法律ノ定メタル報道ノ機關ナリ

前ニ述ヘタル如ク證據トハ事實ヲ裁判官ノ實驗ニ供スル能ハサル場合ニ於テ
補充ノ用ヲ爲スヘキ報道ノ機關ナリ證據ノ性質果シテ然リトセハ裁判官カ事
實ノ眞實ヲ得ンカ爲メニハ如何ナル證據ヲモ利用シ得ヘキ等ニシテ法律ニ於
テ特ニ證據ニ制限ヲ設クヘキ理由ナキカ如シ然レトモ裁判官ノ專横ヲ防クカ
爲メ其他公益上ノ理由ノ爲メ各國ノ法制皆法律ヲ以テ證據ヲ制限セサルモノ
ナシ斯ノ如ク各國證據法ニ於テ皆證據ニ制限ヲ設クト雖モ積極的ニ一々證據
ヲ列擧スルモノニアラス法律ニ於テモ論理上證據トナルヘキモノハ原則トシ
テ亦之ヲ認ムルモノニシテ唯或理由ニ依リテ之ニ消極的制限ヲ設クルニ過キ
サルナリスティーブン氏ハンター氏等カ證據法ハ如何ナルモノカ證據ニアラサ
ルヤチ定ムト曰ヒタルハ蓋シ至言ナリ

以上證據ノ定義ニシテ果シテ誤ナシトセハ當然ノ結果トシテ左ノ原則ヲ生セサ
ルヲ得ス

(第一) 訴訟ノ争點タル事實カ現在ニ存シ直接ニ實驗シ得ヘキトキハ裁判官ハ
檢證又ハ鑑定ニ因テ之ヲ明コスヘク決シテ證據ヲ要スルコトナシ

(第二) 訴訟ノ争點タル事實カ過去ノモノナルトキ又ハ縱令現在ニ存在スルモ
實驗シ能ハサル場合ニ於テハ直接實驗ニ代ル所ノ方法ニ依リ之ヲ明ニスル
ヲ要ス是ニ於テカ始メテ證據ノ必要ヲ生ス

(第三) 推理ノ作用ヲ要セサレハ事實ヲ決定スル能ハサルトキニ於テ始メテ證
據ヲ要ス

(第四) 證據ハ判事ノ感覺ニ直接スヘキモノタルヲ要ス從テ現在ノ現象タルコ
トヲ必要トス

以上ヲ以テ證據ノ何物タルヤヲ略述シタリト信ス故ニ余ハ以下款ヲ逐フテ證據
ノ性質ヲ詳述セント欲ス即チ其如何ナルモノカ性質上證據ナルヤハ之ヲ次款ニ
述ヘ又如何ナルモノカ法律上證據ニアラサルヤ及ヒ各種ノ證據ノ效力等ニ付テ
ハ各種ノ證據ヲ論スル場合ニ於テ之ヲ説明セントス

第二款 證據ノ種別

別證據ノ種

證據ノ種別ニ關シテハ法典中ニ之ヲ掲グルモノ頗ル稀ナリト雖モ古來學者ノ間
ニ在リテハ種々ナル分類ヲ試ミタルモノアリ余ハ今左ニ其重モナルモノヲ掲ケ
而シテ後余ノ最モ適當ナリト信スル所ノモノヲ掲ケントス

(第一) 口頭證據及ヒ記錄證據

此分類ハ英吉利ノ學者ステイブン氏ノ專ラ唱道スル所ニシテ茲ニ口頭證據ト
云フハ人ノ言語ニ依ル證據即チ證人ノ陳述ヲ云ヒ記錄證據トハ文書ニ依ル證
據ヲ云フモノトス氏ノ說ニ曰ク凡ソ證據ナルモノハ決シテ右二種ノ外ニ出ツ
ヘキモノニアラス何トナレハ裁判官カ報道ヲ受クルノ機關トナリ得ヘキモノ
ハ人ノ言語又ハ記錄ヲ外ニシテ見出スコト能ハサレハナリト而シテ氏ハ物件
ノ證據ニアラサルコトヲ論シテ曰ク例ヘハ殺人罪ノ場合ニ於テ血痕淋漓タル
刀ヲ法廷ニ提出スルモ其刀自身ハ固ヨリ死物ニシテ言語ヲ發セサルカ故ニ裁
判官ハ之ヲ通シテ何等ノ報道ニモ接スルコトヲ得ス從テ毫モ證明ノ材料トナ
ルヘキモノニアラサルナリ即チ其刀カ證明ノ材料トナル爲メニハ或ハ證人ノ
出廷シテ其刀カ謀殺ノ行ハレタル場所ニ遺失シアリタルモノナルコト又ハ其

刀ハ被告本人カ常ニ所持セルモノナルコト等ヲ陳述スルカ又ハ警察官カ臨檢シテ其血刀ノ遺失シアリタルヲ見テ以テ調書ニ作成スルカ如キコト等アリテ始メテ證明ノ材料トナルモノナリ之ヲ要スルニ物件其者ハ獨立ノ證據トナルヘキモノニアラス單ニ人證又ハ書證ノ參考トシテ提出セラル、ニ過キス是故ニ眞ニ證據ト稱スヘキモノハ人證及ヒ書證ノ二者ニ過キスト此分類ノ果シテ當チ得タルモノナリヤ否ヤハ後段余ノ採用スル類別法ヲ掲グルノ際之ヲ論述スヘシ

(第二) 口頭證據、記錄證據及ヒ物件證據

此分類法ハボーウェル氏及ヒセイヤー氏等ノ主張スル所ニシテ前項ニ掲ケタル類別ニ加フルニ物件證據ヲ以テシタルモノナリ茲ニ物件證據ト云フハ裁判官ノ感官ニ觸レテ證明ノ材料トナル實物ヲ云フ例ヘハ刀又ハ短銃等ノ如キ是ナリトス此分類ノ當否モ亦後段余ノ分類法ヲ述フルノ際併セテ論述スル所アラントス

(第三) 人證及ヒ物證

人證及ヒ物證ノ區別ハベンサム氏及ヒベスト氏ノ採用セル所ニシテ人證トハ第一及ヒ第二ノ分類ニ於テ所謂口頭證據ト同一意義ヲ有シ人ニ因テ與ラル、證據ヲ云ヒ物證トハ總テ物件ヨリ來レル所ノ證據ヲ云フ蓋シ茲ニ物證ト云フハ物ヲ淵源トシテ來ル所ノ證據ヲ云フモノニシテベスト氏ハ尙ホ之ヲ分テ直接物證及ヒ報道物證ノ二トナセリ即チ直接物證トハ證明ノ材料トシテ直接ニ裁判官ノ感官ニ觸ル、證據ヲ云ヒ報道物證トハ物件ニ關スル人ノ報告ヲ云フ故ニ縱令證人ノ陳述ト雖モ若シ其陳述ニシテ物件ニ關スルモノナルトキハ之ヲ物證ニ編入スルモノナレハ此說ヲ爲ス學者ノ所謂人證、物證ノ區別ハ其境界甚ク判然クラス畢竟人證トハ其源ヲ言語ニ發スルノ證據ヲ云ヒ物證トハ其源ヲ物ニ發スルノ證據ヲ云フモノニ外ナラス即チ此分類ハ證據其者ノ類別ニアラスシテ證據ノ淵源ノ類別ナリ要スルニ此分類ハ頗ル錯雜ヲ極メ論理ノ正鵠ヲ得タルモ、コアラサルナリ

(第四) 直接證據及ヒ間接證據

直接證據及ヒ間接證據ナル文字ニ就テハ佛國學者及ヒ英國學者各其用例ヲ異

ニスルカ故ニ左ニ區別シテ之ヲ説明セントス
 佛國學者ノ用例ニ依レハ直接證據トハ之ニ因リ直接ニ事實ヲ判定スヘキ證據
 ナ云ヒ(例ハ證ノ如シ)又間接證據トハ一ノ事實ヨリ他ノ事實ノ眞否ヲ推測スル
 コト即チ推定ヲ云フモノトセリ斯ノ如ク此分類法ニ於テハ推定ヲ以テ證據ノ
 一トナスモノニシテ其當ヲ得サルコト前ニ證據ノ定義ニ付テ講述シタル所ト
 對照セハ自ラ明ナルヲ得ヘシ
 英國學者ノ用例ニ依レハ直接證據トハ直接ニ主タル事實ヲ證明スヘキ證據ヲ
 云ヒ間接證據トハ直接ニ主タル事實ヲ證明スルコトヲ得サルモ其主タル事實
 ナ決定スルニ付キ基礎ト爲ル所ノ事實ヲ證明スヘキ證據ヲ云フモノトセリ故
 ニ此區別ハ敢テ誤レリト云フニアラサルモ是レ證據ノ性質ニ基ク區別ニアラ
 スシテ其觀察點ニ基ク區別ナルカ故ニ證據タル材料其者ニ至テハ直接證據ト
 間接證據トハ此間ニ毫末モ區別アルヲ見ス即チ同一ノ材料ニシテ時ニ或ハ直
 接證據タルコトアリ又或ハ間接證據タルコトアルモノナリ此他尙ホ直接證據
 及ヒ間接證據ナル語辭ニ付テハ他ノ用例アリト雖モ煩雜ヲ避ケンカ爲メ茲ニ

之ヲ省略セリ

(第五) 本來證據及ヒ傳來證據

本來證據トハ其證據其者ニ獨立ナル證據力アルモノヲ云ヒ傳來證據トハ其證
 據ノ證據力カ他ノモノニ依據スルモノヲ云フ例ハ證書ノ原本及ヒ證人カ直
 接ニ覺知シタル事實ノ陳述ノ如キハ其レ自身獨立ノ證據力アルモノナルカ故
 ニ即チ所謂本來證據アリ又例ハ傳聞證據及ヒ證書ノ謄本等ノ如キハ其證據
 力ハ全ク他人ノ陳述又ハ他ノ書類ニ依據スルモノナルカ故ニ即チ所謂傳來證
 據アリ

此本來證據及ヒ傳來證據ノ區別ハ一名之ヲ呼テ一等證據及ヒ二等證據ト云フ
 コトアリ然レトモ此一等證據及ヒ二等證據ノ區別ハ時トシテ書證ノミニ關シ
 テ用サラル、ノ用例アリ

(第六) 準備證據及ヒ臨時證據

準備證據トハ豫メ證據トナスノ目的ヲ以テ作爲シタル證據ヲ云フ例ハ受取
 證書及ヒ貸借證書ノ如キ是レナリトス又臨時證據トハ豫メ證據トナス目的ヲ

以テ作爲セラレタルニアラサル證據ヲ云フ例ハ刑事ノ場合ニ於ケル證據ノ如キ概示皆是レナリ

余ハ證據ヲ分類シテ左ノ二種トナスモノナリ

第一、書證

第二、人證

抑モ如何ナルモノカ果シテ證據ナルヤ又如何ナルモノカ果シテ證據ニアラサルヤハ之ヲ定ムルコト證據ノ定義ニ依ルノ外アラサルヘシ余ハ前ニ證據ノ定義ヲ與ヘテ證據トハ問題トナリタル主タル事實又ハ主タル事實ヲ決定スルコト付キ基礎トナルヘキ事實ノ眞否ニ關スル報道ノ機關ナリト云ベリ蓋シ報道ノ機關ト云フハ事實其モノニアラスシテ事實ニ付キ報告ヲ與フルノ具ナリ換言スレハ現象其者ニアラスシテ現象ノ報告ヲ包含スル機械ナリ余ハ此機關ヲ以テ書證及ヒ人證ノ二種トナスモノナリ蓋シ書證トハ或現象ノ報告ヲ包含スル書面ニ係ル機關ナリ又人證トハ或現象ノ報告ヲ包含スル人ノ言語ニ依ル機關ナリ余ハ報道ノ機關即チ事實ヲ報告スルノ具ハ書證及ヒ人證ノ二者ノ外ニシテ之ヲ求ムヘカラス

六〇

ト信ス既ニ述ヘタル如ク或ハ物件又ハ事實ヲ以テ證據トナス者アリト雖モ是レ正當ニ證據ト稱スヘキモノニアラス何トナレハ物件又ハ事實ハ所謂事實其者ニシテ事實ノ報告ヲ包含スル報道ノ機關ニアラサレハナリ例ヘハ不動産占有ノ争ニ就テ其占有ノ狀況ヲ臨檢スル場合ニ於テ其臨檢スル事實ハ報道ノ機關ニアラスシテ余カ定義ニ所謂主タル事實其者ナリ又例ヘハ謀殺ノ事件ニ付テ血刀カ法廷ニ提出セラレタル場合ニ於テ其血刀タル物件ノ存在ハ是亦報道ノ機關ニアラスシテ定義ニ所謂主タル事實ヲ決定スルニ付キ基礎トナスヘキ事實其者ナレハナリ前ニモ述ヘタルカ如ク證據トハ事實ヲ裁判官ノ直接實驗ニ提供スル能ハサル場合ニ於テ之カ補充トシテ提出セラル、所ノ報道ノ機關ナリ占有ノ狀況或ハ血痕ノ存在スルハ裁判官カ直接實驗シ得ル事實其モノニシテ此場合ニ於テ證據問題ヲ生スルモノニアラス即チ占有ノ狀況ハ主タル事實其モノニシテ毫モ之ヲ補充スル證據ノ必要ヲ見サルヤ言テ俟タヌ又血刀ノ存在ハ裁判官カ主タル事實ノ基礎トナルヘキ事實其モノヲ實驗スルモノニシテ其實驗ニ推理作用ヲ施シ以テ主タル事實ノ眞否ニ到達スルモノナリ斯ノ如ク事實ヨリ事實ヲ究ムルハ推理ノ

作用ニシテ證據ニアラサルナリ之ヲ要スルニ物件又ハ事實ハ事實其者ニシテ事實ノ報告ヲ與フル機關ニアラス是レ余カ證據ヲ以テ書證及ヒ人證ノ二者ニ限レル所以ナリ現今我裁判所ノ慣例ニ於テモ亦事實及ヒ物件ヲ以テ證據トナサス其臨檢調書又ハ檢證調書タル書證ヲ以テ證據トナセリ又以テ余カ說ノ誤ラサルヲ證スルニ足ルヘシ蓋シ此說ハ余一家ノ私見ニアラス英國ノステイブン氏ノ如キハ證據ヲ書證及ヒ人證ノ二者ニ限ルコト前ニ述ヘタルカ如シ又ボニエー氏ノ如キモ數多ノ證據ヲ認ムルニ拘ラズ書證ト人證トハ特ニ之ヲ *Preuve Preparent dite* (正當ニ證據ト稱スルヲ見レハ氏ノ如キモ亦此二者ノミヲ以テ真正ノ證據ト看做シタルコト明カナリ)

以上說述シタルカ如ク余ハ證據ヲ以テ書證及ヒ人證ノ二者ニ限ルト爲スモノナリ然レトモ此他尙ホ學者ノ說又ハ法典ノ規定ニ於テ證據ト稱セラレタルモノ少シトセス今左ニ是等ノ證據ト稱セラレタルモノヲ掲ケ一々其證據ニアラサル所以ヲ説明セントス

第一、推定 是我舊民法證據編第一部第三章佛國民法千三百四十九條並ニ二三

學者ノ唱ヘテ以テ證據トナス所ナリ然レトモ前ニ述ヘタルカ如ク推定トハ或既知ノ事實ヨリ未知ノ事實ヲ推測スルモノニシテ全ク書證、人證ト其性質ヲ異ニシ報道ノ機關即チ所謂證據ニアラサルコト多言ヲ要セスシテ明カナルヘシト信ス

第二、自白 我舊民法證據編ニ於テハ自白ヲ以テ證據ノ一種トセリト雖モ前ニ詳論シタルカ如ク自白ハ全ク證明ヲ不必要ナラシムル場合ノ一タル證明ヲ要セサル場合ニ於テ證據アルヘキ理由ナク從テ自白ト證據ナル觀念トハ兩立スヘキモノニアラス然ラハ則チ自白ノ證據ニアラサルコト敢テ多言ヲ俟タサルヘシ但刑事ノ場合ニ於テハ自白モ亦證據ナルコト前ニ述ヘタルカ如シ

第三、世評 是レ亦我舊民法證據編カ證據ノ一種トナセルモノナリト雖モ余ハ之ヲ法理上證據ノ一種ト認ムヘキモノニアラスト信ス何トナレハ裁判官カ世評ニ依リテ事實ヲ判斷スル場合ニ於テモ裁判官ハ如何ニシテ其世評アルコトヲ知り得ルカ書證又ハ證人ノ陳述ニ依ル外之ヲ知ルコト能ハサルヘシ故ニ世評ナルモノハ書證又ハ人證タル報道ノ機關カ包含スル一ノ事實ニ過キスシテ

證據其者ニアラサルヤ明ナルヘシ

第四、判事ノ考駁 我舊民法證據編ハ裁判官カ事實ヲ判斷スルニハ必ズ法定ノ證據アルコトヲ必要トシタルノ主義ヲ採リタルノ結果強テ文字上此主義ヲ貫徹センカ爲メ判事ノ確信即チ考駁ヲ以テ一ノ證據トナスノ止ムヲ得サルニ出テタリト雖モ是レ證明ノ結果ヲ以テ證據トナスモノニシテ全ク書證人證ト其性質ヲ異ニシ法理上正當ニ證據ト稱スヘキモノニアラサルヤ言テ俟タス舊證據編カ之ヲ以テ證據ノ一種トナシタルモノ唯タ止ムヲ得サルノ便宜ニ出タルノミ

第五、臨檢鑑定 臨檢鑑定ハ證明ノ一手續アリ證明ノ手續ヲ正當ニ證據ト稱スヘキモノニアラサルコト前ニ述ヘタリ又臨檢及ヒ鑑定ノ目的物カ證據ニアラサルコトモ亦前ニ述ヘタルカ如シ今復茲ニ之ヲ贅スルノ必要ナシト信ス

第六、宣誓 是レ佛國證據法カ證據ノ一トシテ認ムル所ナリト雖モ宣誓ハ自白ト同シク證明ヲ必要ナラシムル一場合ニ過キス從テ證據ノ觀念ト全ク相容レズ宣誓ノ證據ニアラサルコト敢テ喋々ヲ要セサルヘシ

第七、物件 物件ノ證據ニアラサルコト前ニ詳述シタルヲ以テ更ニ贅言セズ

第八、事實 事實ノ證據ニアラサルコトモ亦前ニ論述シタル所ナルヲ以テ茲ニ再ヒセズ

第九、確定判決 是レ我舊民法證據編第七十六條ニ於テ既判力ノ名稱ヲ以テ證據ノ一種ノ如ク掲ケラレタリト雖モ確定判決ハ權利義務ヲ確定スルモノニシテ毫モ事實ニ關係ナキコト前ニ詳述シタルカ如シ證據ハ事實ノ問題ニシテ權利義務ニ關係ナシ然ラハ則チ確定判決ノ證據ニアラサルコト言テ俟タスシテ明カナリ

第十、時効 舊民法證據編第二部ニ於テ時効ニ關スル規定ヲ設ケタリ是レ蓋シ時効ヲ以テ推定トナシ從テ證據ノ一種トナシタルモノナリ然レトモ推定ノ證據ニアラサルコト前ニ述ヘタルカ如シ又況ンヤ時効ハ純然タル權利ノ發生又ハ消滅ノ原因ニシテ決シテ推定ノ一種ニアラサルヲヤ(新民法第一編第六章參照)其證據ニアラサルコト敢テ言テ俟タサルナリ

第二節 書證

第一款 總説

(第一) 書證ノ意義

書證トハ書類ニ基ク證據ヲ云フコト何人モ之ヲ認ムル所ナリト雖モ書類トハ果シテ如何ナルモノヲ指スヤニ至テハ實際ノ適用上大ニ疑ヲ生セサルヲ得ス余ハ三個ノ方面ノ孰レカニ由リ之ヲ決スルノ外ナカルヘシト信ス即チ書類ノ書類タル所以ハ(一)其材料ニ由ルカ或ハ(二)其手段ニ由ルカ或ハ(三)其記載ノ實質ニ由リテ之ヲ決セサルヲ得サルナリ茲ニ其材料ニ由テ決スルト云フハ書類ノ記載セラレタル有形物ニ由テ決スルコトヲ云フモノナリ即チ紙面ニ記載セラレタルモノ、ミカ書證ナルヤ或ハ木版又ハ金石等ニ記載セラレタルモノ亦書證ナルヤ等ニ由テ決スルモノナリ或學者ハ紙面ニ記載セラレタルモノ、ミカ以テ書證トナスト雖モ單ニ其材料ノ紙ナルヲ以テ一ノ標準トナスカ如キハ頗ル根據ナキモノト云ハサルヲ得ス縱令木板又ハ延金等ニ記サレタルモノト雖モ當事者カ權利行爲ノ顛末ヲ記シ署名捺印シタルモノハ是レ亦書證ノ一種タル證書ニ外ナラサルヘシ況ンヤ書證ハ往々皮面ニ記載スルコト其例頗ル多

六七

キニ於テチヤ故ニ材料ヲ以テシテハ到底書證ト否ラサルモノトチ區別スルコト能ハサルナリ又茲ニ手段ニ由テ決スルト云フハ其記載ノ方法ヲ云フモノナリ即チ其文字ヲ以テ記載セラレタルモノ、總テカ證據ナルヤ又ハ記號ヲ以テ記サレタルモノモ亦書證ナルヤ等ニ由テ之ヲ決スルヲ云フモノナリ然レトモ余ハ到底斯ノ如キ標準ヲ以テハ書證ト書證ナラサルモノトチ決スルコト能ハサルヘシト信ス蓋シ記號ヲ以テ記サレタルモノ例ヘハ紋、印章、圖畫、割符等ノ書證ニアラサルコトハ勿論ナルヘシト雖モ總テ文字ヲ以テ記載セラレタルモノハ其種類ノ如何ニ拘ラス總テ之ヲ書證トナシ墓表、看板ノ如キモ亦書證ナリト云フニ至テハ聊カ穩當チ缺クモノト云ハサルヲ得ス是故ニ余ハ書證ト書證ニアラサルモノトチ區別スルハ一ニ其記載セラレタル實質ノ如何ニ由テ之ヲ決スルノ外ナカルヘシト信スルナリ余ハ書證トハ其記載ノ實質カ其レ自身完全ニ一ノ實事ヲ表彰スルモノニシテ單ニ一ノ記號トシテ用井ラレタルモノニアラサルモノヲ云フト信ス是故ニ例ヘハ墓誌銘、看板等ノ如キモノハ其レ自身完全ナル事實ヲ云ヒ顯ハスモノニアラスシテ單ニ一ノ記號ニ過キサルヲ以テ所

謂書證ニアラス若シ或學者ノ如ク物件證ヲ認ムヘキモノトスルトキハ是等ハ所謂物件證據ニ屬スヘキモノナリ之ニ反シテ私署證書公正證書商業帳簿等ノ如キハ其レ自身其記載ノ上ニ於テ完全ニ一ノ事實ヲ報道スルモノナルカ故ニ即チ所謂書證ト稱スヘキモノナリ是レ單ニ理論上ヨリ然ラサルヘカラスト云フニアラスシテ我現行民事訴訟法第三百五十六條ニ於テ本節ノ規定ハ事件ノ性質ニ於テ許ス限リハ事跡ノ紀念又ハ權利ノ證據ノ爲メ作りタル割符界標等ノ如キモノニモ之ヲ準用ストアルヲ見テモ余ノ論ノ誤ラサルコトヲ證スルニ足ルヘシ何トナレハ此規定ニ依テ考フレハ凡ソ文字ヲ以テ記載セラレタルモノハ之ヲ書證ト云フニアラス縱令文字ヲ以テ記載セラレタルモノト雖モ割符又ハ界標ノ如キモノハ之ヲ書證ト認メサルコト明カナレハナリ

(第二) 書證ノ種類

一、 證書及ヒ證書外ノ書證 證書トハ法律事實ヲ證明スル爲メニ作爲セラレタル書類ヲ云フ即チ豫メ證據トナス意思ヲ以テ作製セラレタル證據ヲ云フモノニシテ余カ前ニ述ヘタル準備證據ニ屬スルモノナリ又證書外ノ書證ト

ハ豫メ證據トナスノ目的ヲ以テ作爲セラレタルニアラサル證據ヲ云フ即チ所謂臨時證據ニ屬スヘキモノナリ

- 二、 公ノ證書及ヒ私ノ證書 公ノ證書トハ官吏又ハ公吏ノ命令處分又ハ裁判ヲ記載セラレタル書面又ハ官吏又ハ公吏ノ面前ニ於テナシタル陳述ヲ記載シタル書面ヲ云フモノナリ又私ノ證書トハ一人ノ作りタル證書ヲ云フ私證書ハ之ヲ分チテ二トナス即チ(一)署名捺印シタル證書即チ所謂私署證書及ヒ(二)署名捺印セサル證書即チ所謂私署證書ニアラサル證書是レナリトス
- 三、 普通證書及ヒ反對證書 普通證書トハ尋常ノ證書ヲ云ヒ反對證書トハ他ノ證書ノ效力ヲ變更シ又ハ滅却スル證書ヲ云フ
- 四、 元來證書及ヒ追認證書 元來證書トハ通常證書ヲ云ヒ追認證書トハ或他ノ證書ヲ追認スル證書ヲ云フ
- 五、 原本正本及ヒ謄本 證書ノ原本トハ證書其レ自身ヲ云ヒ正本トハ職權アル官吏又ハ公吏カ一定ノ條件ヲ附シテ作りタル謄寫ヲ云ヒ謄本トハ單ニ原本ヲ復寫シタルモノヲ云フ

(第三) 書證ノ效力

書證ノ效力ニ二種アリ一ニ曰ク通常效力ニ二曰ク特定效力是レナリ第一、茲ニ所謂通常效力トハ法律上ニ於テ特ニ其效力ヲ規定セサルモノヲ云フ即チ現行民事訴訟法第二百十七條ニ依リ判事ノ自由裁量ヲ以テ定ムル證據力ヲ云フモノナリ法律ニ特ニ其證據力ヲ規定セサル證據ノ效力ハ總テ此種ノ證據力ニ由ルモノナリ第二、特定證據力トハ法律ニ於テ特ニ其效力ヲ定メタルモノニシテ裁判官サ其效力ニ付キ自由ナル査定權ヲ有セサル場合ヲ云フ換言スレハ一ノ書證カ提出セラレタルトキハ裁判官ハ必ス其證據ノ一定ノ效力ヲ認メ之ヲ取捨スルコト能ハサル場合ヲ云フモノナリ例ヘハ官吏又ハ公吏ノ面前ニ於テ爲シタル當事者ノ陳述ヲ記載シタル書面提出セラレタルトキハ反對ノ證明ナキ限り其當事者ノ陳述ヲナシタルコト及ヒ官吏又ハ公吏カ職權ヲ以テ其書面ニ記載シル事項ノ眞實ナルコトニ付テハ其書面ハ完全ナル證據力ヲ有シ裁判官ハ必ス之ヲ認メサルヲ得サルカ如キ是レナリ

以上ヲ以テ書證ノ概論ヲ略述シタリ以下書證ノ性質ヲ説明スルニ當リ之ヲ分チ

テ證書及ヒ證書外ノ書證トナシ更ニ證書ヲ分チテ私ノ證書及ヒ公ノ證書トナシ先ツ第一ニ私ノ證書ヲ説明セントス

第二款 私ノ證書

第一項 私署證書

私署證書ノ定義

現行法文中私署證書ノ定義トシテ見ルヘキ規定一モアルコトナシ故ニ余ハ普通一般ノ意味ニ從ヒ私署證書ナル文字ノ觀念其者ヨリ定義ヲ試ミントス即チ左ノ如シ

私署證書トハ一私人ノ作製ニ係リ之ヲ以テ對抗セラル、者カ署名捺印シタルモノニシテ豫メ後日證據ノ用ニ供センカ爲メ作製シタル書面ヲ云フ

今此定義ヲ分析シテ説明スヘシ

第一、一私人ノ作製ニ係ルモノタルコトヲ要ス 即チ公吏カ關係スルコトナク一私人即チ當事者又ハ其代人ニ於テ作製シタルモノナルコトヲ要ス官吏又ハ公吏ノ命令又ハ處分若クハ裁判ヲ記載シタル書面或ハ官吏又ハ公吏ノ面前ニ

於テナシタル當事者ノ陳述ヲ記載シタル書面等ハ所謂官文書又ハ公正證書ト云フヘキモノニシテ所謂私署證書ニ非ラサルナリ

第二、之ヲ以テ對抗セラル、モノ、署名捺印アルコトヲ要ス 是レ私署證書ノ私署證書タル所以ニシテ當事者カ自ラ其證書ニ氏名ヲ署シ印章ヲ捺スルニ於テハ其署名捺印者ノ手ニ出テタルコト甚タ明瞭確實トナリ其證據力ヲ強ムルコト僅少ナラサルナリ蓋シ舊民法證據編ニ於テハ署名捺印孰レカ其一アルヲ以テ十分トナセリト雖モ是レ我國從來ノ慣行ニ反スルモノト云ハサルヲ得ス蓋シ從來我邦ノ慣行ニ依レハ證書中ニハ必ス署名捺印ノ兩者共ニ存在スヘキモノトナシタレハナリ抑モ私署證書ナルモノハ英佛ニ於テモ亦之アリ即チ英國ニ於テハ之ヲ私署證書ト云ハスシテ捺印證書ト稱シ法律上ニ於テハ署名捺印ヲ要スルモノトナスト雖モ其實際ハ署名ト捺印トチ必要トスルニアラスシテ苟シモ署名アレハ其效力ヲ認ムヘキモノトナセリ佛國ニ於テモ亦私署證書ト稱スルモノアリテ法律上署名捺印チ必要トスルモノナルニ拘ラス實際ニ於テハ署名ノミチ以テ足レリトシ捺印チナスコト甚タ稀ナリト雖モ是レ英佛ニ

アリテハ官衙會社等ヲ除ク外一私人ニシテ印章チ有スルモノ殆ント稀ナルニ基クモノニ外ナラス然ルニ我國ニ於テハ一私人皆印章チ有シ證書ニハ必ス之ヲ用ヰルコト我國從來ノ慣行ナルカ故ニ敢テ此點ニ於テ英佛ノ製ニ倣フノ必要ヲ認メサルナリ故ニ舊法典ノ如キ規定ノ存在セサル限り現行法ニ於テハ從來ノ慣習ニ從ヒ證書ニハ必ス署名捺印兩ツナカラ之ヲ要スルモノト解釋セサルヲ得ス

第三、當事者カ後日證據ノ用ニ供セントノ意思ヲ以テ豫メ作製シタルモノタルヲ要ス 是レ私署證書ニ限ラス凡ソ證書ナル觀念其者ヨリ生スル要件ナリ例ヘハ彼ノ舊民法證據編第十四條ニ於テ其第一項ニハ私署證書ニ關スル規定ヲ設ケ第二項ニハ特ニ書狀ニシテ署名捺印シタルモノニ付テノ規定ヲ設ケ明ニ兩者ヲ區別シタルヲ見ルモ私署證書ナルモノハ必ス後日ノ用ニ供センカ爲メ作リタルモノナルコト明カナルヘシ何トナレハ若シ私署證書トハ後日ノ爲メニ作製シタルモノタルコトヲ要セス單ニ署名捺印アル書類タルヲ以テ足レリトセハ書狀モ亦當然第一項中ニ合マル、ニ至ルヘケレハナリ故ニ第一項中所

證據法 證明ノ材料 書證

謂私署證書トハ豫メ他日ノ紛議ニ備フル爲メニ作リタル書面ノミチ意味シ第
 二項中ノ書狀ノ如キ敢テ他日ノ證據トスルノ意思ナキ偶然ノ書面トチ區別シ
 タルモノナルヘシ斯ノ如ク私署證書ヲ署名捺印シタル書狀ト區別シタル點ヨ
 リ見ルモ私署證書ナルモノハ豫メ後日證據ノ用ニ供センガ爲メニ作製シタル
 モノタルチ必要トスルコト明カナルヘシ

證明ノ方法

私署證書ノ眞否ニ付テ爭アルトキハ舉證者之チ證明スルハ檢眞ノ申立ニ因テ之
 チ爲スヘキモノトス檢眞ノ申立チ爲シタル當事者ハ裁判所ノ定ムル期間内ニ於
 テ手跡又ハ印章チ對照スル爲メニ適當ナル書類ヲ提出スヘキモノトス茲ニ適當
 ノ書類ト云フハ相手方カ之チ眞正ナリト自白シタル對照書類又ハ眞正ナルコト
 ノ證明アリタル對照書類チ云フモノナリ而シテ若シ舉證者カ適當ノ對照書類チ
 提出スルコト能ハサル場合ニ於テハ裁判所ハ署名者ナリト指名セラレタル當事
 者コ一定ノ語辭ノ手記チ命スルコトヲ得ヘキモノトス此場合ニ於テ裁判所カ手
 跡若クハ印章チ對照シタル結果ニ付キテハ一般ノ原則ニ從ヒ自由ナル心證ヲ以

テ之チ判斷スヘキモノトス但手跡又ハ印章ノ判定ハ細密ナル鑑識ヲ要スルモノ
 ニシテ容易ニ其眞僞異同ヲ辨知スルニ難キモノナルカ故ニ裁判所ハ概テ特別ノ
 職業即チ書畫鑑定又ハ印刷彫刻ヲ以テ專業ト爲ス者ヲ撰ヒ之チシテ鑑定セシメ
 其結果ヲ以テ參考ノ資ト爲スチ通常トス

以上ノ如キ檢眞ノ裁判ニ付テハ其判定ハ一ニ裁判所ノ自由ニ屬スト雖モ一方ノ
 當事者カ左ノ場合ノ一ニ該當スルトキハ他ノ當事者ノ主張ハ其他ノ證據ヲ要セ
 スンテ之チ眞正ナリト看做スコトヲ得ヘキモノトス

一、舉證者カ裁判所ノ定メタル期間内ニ對照書類ヲ提出セザルトキ

民訴第三百五十三條第五項ニ曰ク原告若クハ被告カ裁判所ノ定メタル期間内

ニ對照書類ヲ提出セザルトキ(中)ハ證書ノ眞否ニ付テノ相手方ノ主張ハ其他ノ

證據ヲ要セスシテ是チ眞正ナリト看做スコトヲ得下是レ言チ俟タサル所タリ

蓋シ證書ノ眞否ニ付テノ證明ノ責任ハ常ニ證書ノ提出者ニ存スルコト前ニ述

ヘタルカ如シ從テ同條第二項ニ曰ク證書ノ眞否ヲ證セントスル當事者ハ裁判

所ノ定ムル期間内ニ手跡若クハ印章チ對照スル爲メニ適當ナル書類ヲ提出ス

ヘシト故ニ對照書類ヲ提出セサル原告若シハ被告ハ即チ證書ノ真正ナルコト
ヲ證明スルノ責任ヲ負フニ拘ラス而モ之ヲ盡サ、ル者ニシテ其争ニ於テ敗ル
ヘキヤ當然ナルヘク從テ其相手方ノ主張ノ眞實ト看做サルヘキコト言テ俟タ
サル所トス

二、對照スヘキ語辭ヲ手記スヘキ裁判所ノ命ニ對シ十分ナル辯解ヲ爲サズシテ
之ニ從ハサルトキ
私署證書ノ否認者即チ署名者ナリト指名セラレタル者カ一定ノ語辭ノ手記ヲ
命セラレタル場合ニ於テ十分ナル理由ナクシテ其命ニ從ハサルトキハ相手方
ノ主張ハ眞實ト看做スヘキ一應ノ推測ヲ生スヘキヲ以テ他ノ證據ヲ要セス其
證書ヲ眞正ノモノト看做スコトヲ得ト定メタルモノナリ

三、對照スヘキ語辭ヲ手記スヘキ命ヲ受ケ書據ヲ變シテ之ヲ手記シタルトキ
此場合ニ於テモ前項ト同一ノ理由ニ依リ裁判官ハ他ノ證據ヲ要セスシテ相手
方ノ主張ヲ眞實トシ其證書ヲ眞正ナルモノト看做スコトヲ得ヘキモノトス

署名捺印
セサル證

第二項 署名捺印セサル證書

茲ニ署名捺印セサル證書ト云フハ私署證書ノ如ク署名捺印ナク其他一定ノ方式
ヲ履ミタルモノニアラザル書面ヲ云フ然レトモ署名捺印セサル證書トハ署名捺
印ナキ總テノ書面ヲ云フニアラス即チ單ニ思想ヲ發表シタルモノ、總テヲ云フ
ニアラスシテ特ニ一定ノ書類ヲ意味スルモノナリ蓋シ或種類ノ書面ノ如キハ主
トシテ自己ノ記憶若クハ參考ニ供センカ爲メ調製セラレタルモノナルモ而モ亦
尙ホ多少證據ト爲スヘキ目的アル書類ニシテ單純ニ思想ヲ表彰シタル書面トハ
大ニ其趣チ異ニスルモノナリ例ヘハ商人ノ帳簿又ハ非商人ノ帳簿及ヒ覺書等ノ
如キモノ是ナリトス故ニ嚴格ニ論スルトキハ證書ト云フハ穩當ニアラザルヘシ
ト雖モ去リトテ又單純ナル書面ニモアラザルカ故ニ茲ニハ證書チ一種廣キ意味
ニ用キテ署名捺印セサル證書ナル題號ヲ設ケタルモノナリ
凡ソ是等ノ證書ニ付テハ舊民法證據編ニ於テハ其證據タルコトヲ規定シ詳細ナ
ル法文ヲ設ケタリ蓋シ前ニモ屢述ヘタルカ如ク舊民法證據編ニ於テハ法律上證
據トナリ得ヘキモノヲ積極的ニ一々掲出スルノ主義ヲ採リタルヲ以テ又是等ノ
書類ニ付テモ特ニ其證據タルコトヲ規定セルモノナリト雖モ現今ニ於テハ之ニ

類スル法規ナキヲ以テ一般ニ如何ナル書面モ總テ證據トナリ得ヘキモノニシテ又格段ナル場合ニ於テ如何ナル書面カ證據タルヘキヤハ一ニ裁判所ノ自由判斷ニ任スヘキモノナルカ故ニ特ニ是等ノ書面ニ付キ之ヲ論スルノ必要ナキカ如シト雖モ判事ノ自由材料ノ參考トシテハ茲ニ又是等ノ規則ヲ畧述スルノ必要アルヘシ

第一、商人ノ帳簿ハ總テノ人ノ爲メニ其商人ニ對シテ證據ヲ爲ス何トナレハ商人ハ商法ノ規定ニ從ヒ其帳簿ニ日々ノ取引ヲ整齊且明瞭ニ記入スルノ義務アルモノニシテ而シテ若シ其義務ニ負ク場合ニ於テハ一定ノ制裁ヲ被ムルヘキモノナルカ故ニ其帳簿ニ記載スル事項ハ事實ノ眞實ヲ得タルモノナルコト推測シ得ヘキヲ以テナリ是レ商人ノ帳簿カ他ノ通常ノ書面ト異ナリ常ニ證據タル所以ナリ然レトモ商人ノ帳簿ハ原則トシテハ其商人ノ不利益ノ爲メニ其效力ヲ生スルモノトス蓋シ何人モ自己ノ利益ノ爲メニ證據ヲ作ルコト能ハスト云フハ證據法上ノ一大原則ナレハナリ然レトモ商人ノ帳簿ハ法律ヲ以テ其記載ノ確實ヲ認ムルモノニシテ其眞實ノ程度ニ至リテハ他ノ

七九

通常書面ノ比ニアラス且或場合ニ於テハ商人ノ取引ニ付キタハ其商人自身ノ記入ノ外商人ノ爲メ之ヲ證スル證據ナキコト少ナカラサルヲ以テ前ノ原則ノ例外トシテ或場合ニ於テハ商業帳簿ハ亦商人自身ノ利益ノ爲メニモ其效力ヲ生スヘキモノナリ(商法第三十條參照)

第二、非商人ノ帳簿及ヒ覺書ハ特ニ左ノ場合ニ於テ證據ヲ爲スヘキモノトス非商人ノ帳簿及ヒ覺書ハ商業帳簿ノ如ク法律カ其記入ヲ命スルモノニアラサルカ故ニ其記載ハ常ニ整齊明瞭タルヲ得ス從テ其事實ノ眞實ヲ得ルコト商業帳簿ノ如ク正確ナルコト能ハスト雖モ而モ後日ノ記憶ノ爲メ之ヲ作りタルモノナルヲ以テ通常書面ト大ニ其效力ヲ異ニセサルヲ得ス從テ

(一) 債權者ノ書面ハ左ノ場合ニ於テ債務者ノ利益ノ爲メニ其債權者ニ對抗シテ證據ヲ爲スモノトス

(甲) 債權者ノ帳簿又ハ覺書ニ於テ其債務カ既ニ辨濟セラレタルコト又ハ其他免責アリタルコトヲ明ニ掲クルトキハ其書面ハ債務者ノ利益ノ爲メニ證據トナルヘキモノトス蓋シ何人ト雖モ未ダ辨濟ナク又ハ免責ナキ自己

ノ債權ニ付キ其帳簿ニ於テ辨濟又ハ免責ヲ掲クヘキ理由アラサルヲ以テナリ

(乙) 債務者ノ證書又ハ從來ノ受取證ニ辨濟又ハ免責ヲ書込ミ之ヲ債務者ニ交付シタル場合ニ於テハ假令其辨濟又ハ免責ニ付キテ債權者ノ署名捺印ナシト雖モ其書類ハ債務者ノ利益ノ爲メニ證據タルノ效力アルヘキモノトス

(二) 債務者カ自己ノ帳簿若クハ覺書ニ於テ其債務アルコトヲ記載シ且之ヲ以テ債權者ノ證書ノ用ニ供スルモノナルコトヲ記載スルトキハ其書面ハ債權者ノ利益ノ爲メニ證據ヲ爲スヘキモノトス蓋シ非商人カ其覺書ノ爲メニ自己ノ帳簿等ニ於テ自己カ債務ヲ負ヘルコトヲ記載シタル場合ニ於テハ縱令後ニ之ヲ辨濟シタルトキト雖モ商人ノ如ク取引ヲ以テ營業ト爲スモノニアラサルカ故ニ一々注意シテ其債務ノ記入ヲ抹殺スルコトヲ保スヘカラス故ニ此場合ニ於テハ商業帳簿ニ於ケルカ如ク其債務ノ記載ノ存在其者ヲ以テ直ニ其債務ノ存在ヲ推測シ得ヘキニアラス然レトモ或事情ニ依リ債權者ニ

證書ヲ交付セサルカ爲メ債務者自己ノ書面ヲ以テ證書ノ用ニ供セントシ債務ノ記入ニ其旨ヲ附記スルトキハ其債務者ニ對シテ證據タルノ效力アルヘキモノト云ハサルヲ得ス何トナレハ此場合ニ於テハ債務者ハ若シ其辨濟ヲ爲シ又ハ免責ヲ受ケタルトキハ注意シテ其記入ヲ抹殺スヘケレハナリ

第三款 公ノ證書

(第一) 公ノ證書ノ定義

茲ニ公ノ證書ト云フハ之ヲ分テ二種トナスコトヲ得曰ク公文書曰ク公正證書是ナリ

(甲) 公文書 公文書ト云フハ左ノ三條件ヲ供ラルモノヲ云フ

一、官吏又ハ公吏カ作製シタルモノナルコトヲ要ス 例ヘハ行政官、司法官又ハ市長、町村長又ハ執達吏等ノ作リタル書面ノ如キ是ナリ

二、命令、處分又ハ裁判ヲ記載シタル書面タルコトヲ要ス 茲ニ命令ト云フハ所謂法規命令ヲ云フモノニシテ例ヘハ府縣令或ハ警察令ノ如キ是ナリ 茲ニ處分ト云フハ所謂處分命令ヲ云フモノニシテ例ヘハ特定ノ人ニ或營

業ノ免許ヲ與フル書面ノ如キ是ナリトス又茲ニ裁判ト云フハ當事者ノ參與ヲ許シタル處分ノ謂ニシテ總テノ司法裁判所ノ判決及ヒ行政裁判所ノ判決ヲ包含スルモノナリ公文書ト云フトキハ廣キ意味ニ於テ官吏又ハ公吏ノ作リタル總テノ書面ヲ意味スルコトナルニシト雖モ茲ニ所謂公文書ハ斯ノ如キ廣義ニアラス官吏公吏ノ作リタル書面ニシテ命令處分又ハ裁判ヲ記載シタルモノ、ミテ云フモノナリ故ニ官吏又ハ公吏ノ作リタル書面ト雖モ照會文ヲ記載シタル書面又ハ單純ナル記録ノ如キハ所謂公文書ニ外ナラサルナリ

三、官吏公吏カ其權限内ニ於テ作リタルモノナルコトヲ要ス 官吏又ハ公吏ノ作リタルモノナリト雖モ其權限内ニ於テ作リタルモノニアラサレハ之ヲ以テ公文書ト云フコトヲ得ス何トナレハ縱令官吏公吏ノ發シタルモノト雖モ其權限外ノ命令又ハ裁判ハ官吏又ハ公吏ノ命令若クハ裁判タルノ效力ナキヲ以テナリ換言スレハ官吏又ハ公吏ハ其權限内ニ於テノミ官吏又ハ公吏タルノ資格アルモノナレハナリ

四、法律ニ定メタル方式ヲ遵守シタルモノナルコトヲ要ス 官吏又ハ公吏カ其命令處分又ハ裁判ヲ記載シタル書面ト雖モ其法律ノ定メタル方式ヲ遵守シテ作リタルモノニアラサレハ之ヲ以テ公文書ト云フコトヲ得ス例ヘハ公文書ニハ通常官印又ハ公印ノ押捺アルコトヲ要シ又裁判所ノ判決ニハ必ス裁判ノ理由判決主文裁判所ノ名稱裁判ヲ爲シタル判事ノ官氏名其他一定ノ事項ノ記載ヲ要スルカ如キ是ナリトス

(乙) 公正證書

公正證書トハ官吏又ハ公吏カ當事者ヨリ立證ヲ委託セラレ其職權内ニ於テ一定ノ方式ニ從ヒ作成シタル證書ヲ云フ 今左ニ此定義ヲ分析説明スレハ左ノ如シ

第一、官吏又ハ公吏ノ作成シタルモノタルコトヲ要ス 公正證書ヲ作成スル資格ヲ有スルモノハ公吏又ハ官吏ナリ我現行法ニ於テ公吏ト稱スヘキモノハ公證人執達吏及ヒ市町村長又ハ區長等ナリトス又官吏ニシテ公正證書ヲ作成シ得ヘキモノハ官廳ノ代人トシテ事ヲ行フ官吏ニシテ例ヘハ

裁判所書記等ノ如キ是ナリトス故ニ例ハ公證人ノ作成ニ係ル契約證書及ヒ執達吏ノ作成シタル拒證書ノ如キ皆公正證書ナリ又例ハ裁判言渡書ノ謄本商標登録證版權登録證ノ如キハ官吏ノ作りタル證書ニシテ即チ所謂公正證書ナリ

第二、官吏又ハ公吏カ其職權内ニ於テ作りタルコトヲ要ス 換言セハ官吏又ハ公吏ノ作りタル證書ニシテ公正證書タルヲ得ルハ必ス其適法ナル管轄ヲ有スルコトヲ要ス而シテ官吏又ハ公吏ノ管轄ニハ左ニ掲クルカ如キ三種アルヲ以テ是等カ共ニ適法ナルニテラサレハ公正證書タル效力ナシ

(一) 土地ニ關スル管轄 官吏又ハ公吏カ其職權ヲ行フハ一定ノ區域ニ限ラル、モノニシテ其區域外ニ於テハ官吏又ハ公吏タルノ資格ナシ之ヲ土地ニ付テノ管轄ト云フ例ハ市町村長又ハ區長ハ其管轄市町村内又ハ區内ノミニ於テ其職務ヲ行フヘシ公證人ハ其區裁判所ノ管轄區域ヲ以テ其受持區トシ執達吏ノ管轄モ亦其區裁判所ノ管轄ニ從フヘキカ如シ

(二) 證書ノ性質ニ關スル管轄 官吏又ハ公吏ハ縱令其管轄區域内ニ於ケルモ證書ノ種類如何ニ拘ラス之ヲ作成シ得ヘキモノニアラス官吏又ハ公吏ノ種類ニ依リ各其取扱フヘキ事件ノ性質ヲ異ニセルヲ以テ各一定ノ證書ニ付テノ管轄ヲ有シ互ニ相侵スヘカラサルモノトス故ニ例ハ裁判所書記カ公證人ノ作成スヘキ民事又ハ商事ノ契約證書ヲ作り又ハ市町村長カ裁判言渡書ノ謄本等ヲ作成スルモ之ヲ以テ公正證書ト云フコトヲ得ルナリ

(三) 人ニ關スル管轄 官吏又ハ公吏ハ縱令其土地ニ付テノ管轄ヲ有シ又其證書ニ付テノ管轄ヲ有スル場合ト雖モ總テノ人ノ爲メニ公正證書ヲ作成シ得ヘキモノニアラス例ハ公證人ハ自己及近親ノ爲メニ證書ヲ作ルコトヲ得ス又若シ自己カ囑託人ノ訴訟代理人トナリ又ハ爲リタルコトアルトキハ其訴訟事件ニ付テ證書ヲ作ルコトヲ得ス(公證人規則第八條)又例ハ執達吏ハ自己又ハ其婦カ當事者若シハ被害者ナルトキ又ハ當事者若シハ被害者ト共同權利者共同義務者若シハ償還義務者タル

關係ヲ有スルトキ及ヒ自己又ハ婦カ當事者若クハ被害者又ハ其配偶者ト親族ナルトキハ公正證書ヲ作ルコトヲ得サルカ如キ是レナリトス

第三、法律ニ定メタル方式ヲ遵守シテ作成シタルモノタルコトヲ要ス抑

モ公正證書タルモノハ其錯誤ナキコトヲ期シ且其真正ナルコトヲ表明セシカ爲メノ具ナルヲ以テ皆嚴格ナル方式ニ從ヒテ之ヲ作成セサルヘカラス故ニ若シ其方式ニ違背シタル場合ニ於テハ其證書ハ公正證書タルノ效力アルコトナシ例ヘハ公證人ノ作成スル證書ニハ必ス立會人ノ氏名證書ヲ作成シタル場所年月日等ヲ記載スルヲ要スルカ如キ是レナリトス

(第二) 公ノ證書ノ證據力

公ノ證書ノ證據力ハ之ヲ分ツテ形式的及ヒ實質的證據力トナスコトヲ得

(一) 形式的證據力 形式的證據力トハ證書自體ノ證據力ヲ云フモノニシテ一ノ公文書又ハ公正證書ノ提出セラレタルトキハ夫レ自身其真正ノ公文書又公正證書タルコトヲ證明スルノ證據力ヲ云フモノナリ此證據力ニ關シテハ左ノ二原則ヲ以テ之ヲ盡スコトヲ得ヘシ

一、公文書 官吏又ハ公吏ノ命令、處分又ハ裁判ヲ記載シタル書面ハ其命令、處分又ハ裁判アリタルコトヲ證ス(證據法第四十六條以下、獨逸民法第三百三條、丁抹民法第三百三十四條)

二、公正證書 官吏又ハ公吏ノ面前ニ於テ爲シタル當事者ノ陳述ヲ記載シタル書面ハ當事者カ其陳述ヲ爲シタルコト及ヒ官吏又ハ公吏カ職權ヲ以テ其書面ニ記載シタル事項ノ眞實ナルコトヲ證ス(證據法第四十六條以下、獨逸民法第三百八十一條、奧太利民法第三百二十五條)故ニ契約者ノ雙方カ官吏又ハ公吏ノ面前ニ出頭シタルコト、其出頭ノ年月日、證書ニ記載セラレタル事實ハ契約者雙方ニ於テ明言シタルモノナルコト、立會人ヲ命シタルコト、契約者カ證書ニ調印シタルコト其他方式ヲ履ミタルコト等ノ記載ニ付テハ完全ナル證據力ヲ有スルモノトス蓋シ此等ノ書類カ其形式上ノ效力ニ付テ完全ナル證據力ヲ有スル所以ノモノハ主トシテ官吏又ハ公吏其人ノ信用ニ基クモノナリトス蓋シ官吏又ハ公吏ナルモノハ政府ヨリシテ或事實ヲ公認スルノ職權ヲ與ヘラレタルモノナルカ故ニ其申述ハ十分之ヲ信用スヘキモノナ

ルノミナラス官吏又ハ公吏ニ對シテハ政府ノ監督ノ有ルアリテ其義務ニ違背シタルトキハ則チ懲罰ニ付セラレ又ハ刑罰ヲ科セラル、等十分ノ擔保アルヲ以テ其作成シタル證書ノ完全證據力ヲ有スヘキヤ當然ナルヘキヲ以テナリ

但茲ニ注意スヘキハ完全ナル證據力ナル意味是ナリ完全ナル證據力ト云フハ如何ナル反證ヲモ許サ、ル確定力ヲ云フニアラスシテ他ノ反證ナキ限リハ裁判官之ヲ眞實ト認メサルヘカラスト云フニ在ルモノニシテ之ニ對シテ毫モ反證ヲ許サストノ意味ニアラサルナリ

(二) 實質的證據力 實質的證據力トハ證書ニ記載セラレタル事實其モノニ關スル證據力ヲ云フモノナリ蓋シ公ノ證書中公文書ニ付テハ形式的及ヒ實質的證據力ヲ區別スル要ナシト雖モ公正證書ニ至テハ其實質ハ官吏又ハ公吏ノ傳聞ノ記載ニ屬スヘキヲ以テ其記載事實其者ニ關スル實質的效力ニ至テハ單ニ通常證據力ヲ有スルニ過キササルモノトス例ヘハ相殺ヲ記載シタル公正證書ハ其當事者雙方カ公證人ノ面前ニ於テ相殺ヲ陳述シタルコトニ付キ

八〇

完全ナル證據力ヲ有スト雖モ實際ニ於テ果シテ相殺スヘキ債務カ雙方ニ成立セシヤ否ヤニ付キテハ單ニ通常證據力ヲ有スルニ過キササルカ如キ是ナリ蓋シ公正證書カ完全ナル證據力ヲ有スル所以ノモノハ主トシテ官吏又ハ公吏其人ノ信用ニ基ツクモノナルヲ以テ公吏又ハ官吏其人ノ信用ヨリ推知スヘカラサル證書内部ノ事實ニ至テハ單ニ通常證據力ヲ有スルニ過キササルヘケレハナリ

第三節 人證

第一、人證ノ制限

人證トハ口頭ニ依ル報道ノ機關ヲ云フモノナリ抑モ吾人ハ一方ニ於テ原則トシテ他人ニ向テ眞實ヲ語ルノ天性ヲ有シ又一方ニ於テハ原則トシテ他人ノ言ヲ信スルノ天性ヲ有ス吾人ノ智識ノ大半ハ總テ此天性ニ基テ得タルモノナリ人證ノ證據タル所以亦實ニ茲ニ存ス蓋シ世上萬般ノ事吾人ノ感官ニ直接スルモノ僅ニ億萬ノ一ニ過キス故ニ吾人若シ或事實ノ眞實ヲ知ラント欲セハ通常只タ之ヲ見聞シタル者ノ言ニ信ヲ置キ之ヲ眞實ニ適合スルモノト看做スノ

人證

外ナカルヘンベンザム氏曰ク證人ハ裁判上ノ耳目ナリト蓋シ至言ナリ
 然レトモ人ノ言必スシモ信ヲ措クヘカラス或ハ臆測妄斷ニ涉ルコトアルヘク
 或ハ私欲ニ迷ヒ又ハ愛憎畏懼ノ念ニ誘レ爲メニ不實ノ事ヲ構造シ若クハ眞實
 ノ事ヲ隱蔽スルコトナシトセス是ニ於テカ古來諸國皆人證ヲ認ムルト同時ニ
 亦之ニ制限ヲ附セサルモノナシ而シテ其之ヲ制限スルノ方法ニ付テハ左ノ二
 主義アルモノ、如シ

一、證人タルノ資格ヲ制限スルノ方法 例ヘハ無宗教者ノ證言ヲ禁シ或ハ婦
 女ノ證言ヲ禁シ其他種々ノ制限ヲ設クルカ如キ是ナリトス近世諸國ニ於テ
 ハ漸々此制限ヲ減スルノ傾向アリト雖モ尙ホ通常多少ノ制限ヲ有ス
 二、證人ニ因テ證明セラルヘキ事實ヲ制限スルノ方法 古代ニ於テハ書類ノ
 使用普ク行ハレサリシヲ以テ人證ヲ制限スルハ一ニ證人ノ資格ヲ制限スル
 ニ止マリ人證ノ適用セラルヘキ事實ヲ制限スルコトナカリシト雖モ近世ニ
 至リテハ書類ノ使用増加シタルカ爲メ事實ニ因リテ人證ヲ制限スルニ至レ
 リ蓋シ證人ノ訊問ハ煩雜ナル手續ト許多ノ費用ヲ要シ且ツ詐欺其他遺忘等

アリテ證言確實ナラサルノ弊害少カラサルヘキヲ以テナリ而シテ事實ニ付
 キ人證ヲ制限スルハ通常左ノ二方法ニ依ルモノトス

(イ) 或價格以上ノ利益ニ關スル事實ニ付テハ人證ヲ以テ之ヲ證明スルコト
 ナ許サス 例ヘハ舊民法證據編ニ於テ五十圓以上ノ争ハ人證ヲ以テ證明
 スルコトヲ許サ、ルカ如キ又佛國ニ於テ一千五百六十六年及ヒ一千六百
 六十七年ノ勅令ニ依リ證人ヲ用フルノ區域ヲ「リール」以内ノ事件ニ制
 限シタルカ如キ又英國ニ於テ詐欺條例ニ依リ十磅以上ノ事實ニ付テハ人
 證ヲ許サ、ルカ如キ其他以太利ハ五百「フラン」和蘭ハ百「フロリン」以上ニ
 付キ人證ヲ許サ、ルカ如キ是ナリトス

(ロ) 人證ヲ以テ書證ノ事實ヲ變更スルコトヲ許サス 例ヘハ舊民法證據編
 第六十三條ノ規定ノ如キ又佛國民法第千三百四十一條ノ規定ノ如キ其他
 諸國ノ此原則ヲ採用スルモノ少カラス就中英國ニ於テ最モ嚴格ニ適用セ
 ラル、所トス蓋シ此原則ノ採用セラル、所以ノモノハ蓋シ當事者カ其取
 引ヲ證書ニ記載スルトキハ最モ周到ナル思考ヲ爲シタル後記載スルモノ

ナル可キヲ以テ人證ヲ以テ書證ヲ變更スヘカラサルヤ當然ナルヘク且若シ當事者ニ於テ證書ニ反シタル事項ヲ定メタルナラハ又必ス之ヲ變更スルニ足ル所ノ證書ヲ作りタルナルヘシト推測シ之ニ依リテ一切ノ人證ヲ排斥スルコト當然ナル可ケレハナリ

我訴訟法ニ於テハ證書訴訟爲替訴訟ノ場合ヲ除ク外人證ノ方法ヲ用フルニ付キ毫モ第二種ノ制限ヲ用キス故ニ我國現行法ニ於テハ舊民法又ハ佛國其他ノ諸國ニ於ケルカ如キ事實ニ付キ毫モ人證ヲ制限スルコトナシ唯民訴第三百十條及刑訴第二百二十三條及第二百二十四條ヲ以テ第一種ノ制限ヲ採用セリ
刑事訴訟法ニ於テハ民事原告人ヲ始メ法文ニ列記セラレタル十種ノ者ヲ以テ證人タルコトヲ得サルモノトセリ(第二百二十三條及第二百二十四條參照)而シテ其規定ノ明文ニ曰ク「左ニ記載シタルモノハ證人トナルコトヲ許サス」ト故ニ是等ノ者ハ信ヲ措クニ足ラサルノ徒又ハ訴訟事件ニ付キ利害ノ關係ヲ有スルモノナルヲ以テ相對的又ハ絶對的ニ證人トナルコトヲ許サ、ルモノタルヤ明カナリ換言スレハ是等ノ者ノ證言カーノ證據タルヲ得サルヤ毫モ疑ヲ容レサル所ナリ然レトモ民

事訴訟法ノ規定ニ至テハ稍疑ナキヲ得ス蓋シ同法第三百十條ハ五種ノ者ヲ列記シ單ニ左ノ者ハ宣誓ヲ爲サシメスシテ參考ノ爲メ訊問スルコトヲ得トノミ云ヒテ是等ノ者ハ證人タルヲ得サル旨ヲ明言セサルヲ以テ或ハ之ヲ以テ單ニ或者ニ宣誓ノ義務ヲ免除スルノ規定ニ過キスシテ證人ノ資格ヲ制限シタル規定ニアラスト云フモノアリト雖モ余ハ此法文ヲ解シテ刑事訴訟法ニ於ケルト同シク亦人證制限ノ規定トナスモノナリ何トナレハ既ニ參考ノ爲メト云フトキハ是レ讀テ字ノ如ク單ニ他ノ證據ノ效力ヲ定ムル爲メノ補充ニ供スルコトヲ得ルニ過キサルコトヲ意味スルモノニシテ其獨立ノ證據トシテ許スヘカラサルヤ敢テ言テ峻クサルヘケレハナリ

人證制限ニ付キ近世諸國ノ法制及我訴訟法ノ規定ハ以上述べタル所ノ如シ然レトモ之ヲ近世ノ學說ニ考フルニ以上ノ如キ制限ハ寧ロ法理ニ反スルモノ、如シ蓋シ宇宙ニ顯出スル事實タル千熊萬狀ニシテ之ヲ豫想スヘカラサルヤ言テ峻クス從ヒテ之ニ對スル報道ノ機關モ亦之ニ應シテ千種萬様ヲ極メサルヲ得ス然ルニ若シ法律ノ規定ヲ以テ絶對ニ或種類ノ證據ヲ排斥スルノ方法ヲ採ラ

ソカ時トシテ裁判官是等ノ者ノ證言ニ依リ其事實ヲ眞實ト認メ得ルニモ拘ラ
 ス他ニ何等ノ證據ナキ場合ニ於テハ遂ニ是レ不眞實ト看做サ、ルヘカラサル
 ニ至リ且ツ是等ノ者ノ證言ト雖モ數人ノ陳述皆相符合スルトキノ如キ却テ通
 常證人一人ノ言ヨリモ正確ナルモノト看做サ、ルヘカラサルコトアルヘシ然
 ルニ如何ナル事情アルニ拘ラス是等ノ證言ヲ總テ排斥スヘシトナスカ如キハ
 大ニ杓子定規ニ失シ眞實發見ニ於テ大ニ妨害ヲ與フルモノト云ハサルヘカラ
 ス故ニ今日ノ學說ニ於テハ皆是等ノ制限ヲ以テ裁判官ノ自由裁量ニ任スルニ
 如カサルヲ認ム換言スレハ是等ノ制限ヲ以テ證據許否ノ規定トナサス證據效
 力ノ問題トナシテ之ヲ裁判官ノ自由ニ一任スルヲ以テ可トスルナリ

第二、人證ノ效力

我現行法ニ於テハ人證ノ證據力ヲ定メタルモノナク一ニ裁判所ノ自由ナル心
 證ニ依リテ判斷スルノ原則ヲ採用シタリ彼ノ一々證據力ヲ制定セル舊證據編
 ノ如キニ於テスラ其第七十二條ニ於テ判事ハ證人ノ證據ニ依リテ拘束セラレ
 ス其心證ニ從テ判決スト規定シタリシナリ是レ實ニ法理上當チ得タルモノト

云ハサルヲ得ス蓋シ古來各國ノ法律ハ皆人證ノ證據力ヲ定メ英國法律ニ於テ
 スラ尙多少ノ證據力ヲ法定セリト雖モ前ニモ屢々述ヘタルカ如ク證據ノ效力
 ナルモノハ各場合ニ於テ異ナルヘキモノナルカ故ニ一々之ヲ豫定スルハ徒ニ
 裁判官ノ自由ヲ束縛シ眞實發見ヲ妨害スルコト少ナカラサルヘキナリ但裁判
 所カ却テ人民壓制ノ具トナリシカ如キ古代ニ於テハ證據ノ效力ヲ法定スルノ
 必要アリタルナルヘシト雖モ司法制度ノ完美シタル今日ニ於テハ復タ此制限
 ナ必要トセサルヘキナリ

證據法 (完結)

ナ
ノ

結字由三二

